



HAL
open science

Les normes constitutionnelles programmatiques en France et en Italie : contribution à l'identification d'un concept

Émilie Rebourg

► **To cite this version:**

Émilie Rebourg. Les normes constitutionnelles programmatiques en France et en Italie : contribution à l'identification d'un concept. Droit. Université de Toulon, 2013. Français. NNT : 2013TOUL0071 . tel-02426224

HAL Id: tel-02426224

<https://theses.hal.science/tel-02426224>

Submitted on 2 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ECOLE DOCTORALE 509 EN SHS
CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMPARES J.-C.
ESCARRAS. UMR-CNRS 7318.

THÈSE présentée par :

Émilie REBOURG

soutenue le : **17 janvier 2013**

pour obtenir le grade de Docteur en Sciences juridiques
Spécialité : Droit public

**Les « normes constitutionnelles
programmatisées » en France et en Italie
Contribution à l'identification d'un concept**

THÈSE dirigée par :

M. PARDINI Jean-Jacques

Professeur à Université du Sud Toulon Var

JURY :

M. BLACHÈRE Philippe
(Rapporteur)

Professeur à l'Université Jean Moulin 3.

M. PARDINI Jean-Jacques

Professeur à l'Université du Sud Toulon Var

M. PASSAGLIA Paolo
(Rapporteur)

Professeur à la Facoltà di giurisprudenza de Pisa

Mme. STEFANINI Marthe

Directrice-adjointe de l'ILF-GERC, Institut Louis Favoreu de l'Université d'Aix-en Provence.

À mes parents

À mon frère

À l'amitié

REMERCIEMENTS

Comme toute thèse, cette recherche a été ponctuée de nombreux moments d'enthousiasme, mais également de nombreuses périodes de doute. L'achèvement de ce travail n'aurait pas été possible sans la précieuse contribution de nombreuses personnes que je veux remercier ici.

Qu'il me soit permis, au seuil de cette étude, d'exprimer mes remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean Jacques Pardini, pour sa confiance, son attention continue et bienveillante ainsi que pour ses conseils avisés qui m'ont éclairée tout au long de mon travail.

J'adresse aussi ma gratitude à Monsieur le Professeur Paolo Passaglia avec qui j'ai eu l'honneur d'échanger sur mes recherches et pour les précieux conseils qu'il a su me prodiguer. Je le remercie ainsi que Monsieur le professeur Philippe Blachère de l'intérêt qu'ils ont porté à l'égard de cette recherche en s'engageant à en être les rapporteurs.

Je tiens également à remercier Madame Marthe Stéfanini qui m'a fait l'honneur de participer au jury de soutenance de cette thèse.

J'exprime aussi toute ma reconnaissance à la Cour constitutionnelle italienne, et plus particulièrement à la Dottoressa Anna Maria Maglio, Directrice de la bibliothèque de la Cour constitutionnelle italienne et à ses assistants pour l'accueil qu'ils ont bien voulu me réserver.

Je n'oublie pas les membres du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras que je remercie d'avoir su me soutenir par leurs conseils, leur solidarité et leur présence bienveillante tout au long de mes recherches.

Un grand merci, enfin, à tous ceux et celles qui m'ont accompagnée sur ce chemin et grâce à qui j'ai continué à avancer.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse qui restent propres à leur auteur.

ABREVIATIONS

ABRÉVIATIONS EN FRANÇAIS :

AFDI : Annuaire français de droit international
AIJC : Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA : Actualité juridique de droit administratif
APD : Archives de philosophie du droit
C. Cass. : Cour de cassation
CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel
CE : Conseil d'État
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
Coll. : Collection
Cons. : Considérant
Cons. const. : Conseil constitutionnel français
D : Recueil Dalloz
DA : Juris-Classeur Droit administratif
DDHC : Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789
DE : Juris-Classeur Droit de l'environnement
Dir. : Direction
DS : Juris-Classeur Droit Social
Ed. : Édition
GAJA : Les grands arrêts de la justice administrative
GDCC : Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
Ibid. : Ibidem, au même endroit
in : dans
Infra : ci-dessous ; plus bas.
J.-Cl : Juris-classeur
JCP : Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
J.O. : Journal Officiel
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA : Les petites affiches
NCP : Norme constitutionnelle programmatique
Op. cit. : Opere citato
Ordo. : Ordonnance
OVC : Objectif de valeur constitutionnelle
PUAM : Presse universitaire d'Aix Marseille
PUF : Presse universitaire de France
PUS : Presse universitaire de Strasbourg
RDP : Revue de droit public
Rec. : Recueil Lebon
Réd. : Réédition
Req. : Requête
RFAS : Revue française des affaires sociales
RFDA : Revue française de droit administratif
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RJE : Revue juridique de l'environnement
RIDComp. : Revue internationale de droit comparé
RRJ : Revue de la recherche juridique
RTDCiv. : Revue trimestrielle de droit civil

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
Soc. : Sociale
Supra: Ci-dessus; plus haut
TA : Tribunal administratif
TC : Tribunal des conflits
Vol. : Volume

ABRÉVIATIONS EN ITALIEN :

Cassa. pen : Cassazione penale
Corte. cost. : Cour constitutionnelle italienne
Dir. pubb. : Diritto pubblico
Enc. dir. : Enciclopedia del diritto
Enc. giur. : Enciclopedia giuridici italiana
Foro amm. : Il Foro amministrativo
Foro it. : Il Foro italiano
Foro pad : Il Foro padano
Giur. civ. : Giurisprudenza civile
Giur. cost. : Giurisprudenza costituzionale
Giur. It. : Giurisprudenza italiana e La Legge
Gius. Pen. : La Giustizia penale
G.U. : Gazzetta Ufficiale (Journal official de la République italienne)
Quad. Cost. : Quaderni costituzionali
Rass. dir. Pubbl. : Rassegna di diritto pubblico
Rass. parl. : Rassegna parlamentare
RIFD: Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. Giur. Lav. : Rivista di giurisprudenza di lavoro
Riv. Pen. : Rivista penale
RTDPub. : Rivista trimestriale di diritto pubblico
Riv. Trim. dir. Proc. Civ. : Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Sent. : Sentenza
U. : Uniti (Cassa. Civ. Sez. U) ; chambres réunies de la Cour de cassation

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	4
PREMIERE PARTIE : L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES.....	25
<i>TITRE 1 : L'IDENTIFICATION FORMELLE ET MATERIELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES : DES APPROCHES INSUFFISANTES</i>	<i>27</i>
<i>TITRE 2 : L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES SELON LEUR FONCTION : UNE APPROCHE À PRIVILEGIER.....</i>	<i>93</i>
SECONDE PARTIE : LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS.....	165
<i>TITRE 1 : L'EXISTENCE DE LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS : UNE NORMATIVITE ABSTRAITE RECONNUE.....</i>	<i>168</i>
<i>TITRE 2 : LA CONSISTANCE DE LA NORMATIVITE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES : UNE NORMATIVITE CONCRETE LIMITEE</i>	<i>252</i>
CONCLUSION GENERALE.....	335

INTRODUCTION

Lors de son discours prononcé le 18 mars 1999 pour sa réception à l'Académie française¹, G. Vedel s'interroge sur l'utilité du juriste « *dans la grande affaire de notre Compagnie, c'est-à-dire la défense de la langue* ». À cette occasion, le doyen souligne qu'« *avec les adages français, du Moyen Âge au Code civil* », le juriste peut « *proposer la recette, aujourd'hui un peu oubliée, de parler bref pour dire quelque chose* ». Par exemple, « *Aliéné n'aliène* » prohibe à celui qui est atteint de maladie mentale de disposer de ses biens. « *Ne dote qui ne veut* » exige que la dot des filles ne soit pas l'objet d'une obligation civile contraignante à la charge des parents. Ainsi, le « parlé bref » revendiqué par G. Vedel forme un style d'écriture qui caractérise le langage juridique, autrement dit le droit. La règle de droit est effectivement caractérisée par des critères qui la constituent, comme la généralité, l'autorité, la clarté et la concision.

Aujourd'hui pourtant, ce « parlé bref » est assurément dépassé. Il s'est complexifié à mesure de la complexification de la société. Le droit ne parle plus forcément un langage concis. Il abandonne, en quelque sorte, les vêtements d'une langue de spécialité pour adopter l'ordinaire du discours. Les normes constitutionnelles programmatiques², sous la forme d'un discours moins technique, rendent compte de cette mutation. Une des critiques que suscite ce changement de langage peut tenir en une remarque que le Conseil d'État a soulevée à la fin des années quatre-vingt-dix : « *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* »³. Cette formule a depuis attiré l'attention sur l'enjeu que constitue la qualité des normes juridiques. Si bien que les questions liées à cette qualité et à la « crise de la normativité » sont devenues des sujets récurrents chez les juristes.

1. La pluridisciplinarité de la forme programmatique

Le concept de NCP se développe manifestement dans le langage utilisé par le juriste français ces dernières années. Ainsi lit-on que « *le droit au logement peut être une norme constitutionnelle*

¹ Réception de M. Georges Vedel, discours prononcé dans la séance publique le jeudi 18 mars 1999, Paris, Palais de l'Institut, http://www.academie-francaise.fr/immortels/discours_reception/vedel.html.

² Par la suite, l'expression « norme constitutionnelle programmatique » sera écrite dans le texte « NCP » lorsqu'il s'agira spécifiquement du concept NCP lui-même. Dans les autres cas, cette expression sera écrite en toute lettre.

³ Rapport du Conseil d'État (1991), *De la sécurité juridique*, cité in *Rapport du Conseil d'État (2006) Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n° 57, La documentation française, p. 229.

“programmative” sans effet juridique »⁴. B. Henry-Menguy a consacré un chapitre entier de sa thèse à cette catégorie de normes⁵. Catégorie à laquelle l’auteur associe notamment les droits-créances « parce qu’ils ont la finalité de mettre en place des objectifs sociaux à réaliser »⁶. Fin 2008, Y. Aguila affirme dans ses conclusions devant le Conseil d’État que le caractère général des normes « dites “programmatives” » de la Charte de l’environnement ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de leur pleine valeur juridique⁷.

Le caractère programmatique de ces normes constitutionnelles soulève dès lors divers questionnements, le premier étant de savoir ce que sont véritablement ces « normes constitutionnelles programmatiques ». Il est aussi classique, nous le verrons, de se demander si ces programmes relèvent de la sphère du droit. Il serait en outre envisageable de s’interroger sur la possibilité pour ces normes constitutionnelles spécifiques de correspondre à des droits fondamentaux. Sur ce point en particulier, les opinions divergent radicalement. Certains répondent par la négative, opposant la « programmaticité » de ces normes à la « fondamentale » de ces droits⁸. D’autres, au contraire, considèrent que le caractère programmatique de la norme constitutionnelle n’enlèverait rien au caractère fondamental du droit qu’elle prévoit⁹. Il conviendrait préalablement d’éclaircir la controverse qui touche les « droits fondamentaux »¹⁰ et de s’entendre sur une signification à donner à cette notion afin de répondre à ces interrogations. Mais, avant cela, il est impératif de déterminer ce que sont les normes constitutionnelles programmatiques pour savoir si ces dernières peuvent correspondre, ou pas, à des droits fondamentaux. C’est là précisément l’objet de cette étude qui consiste à donner une analyse de ce concept en en identifiant les contours afin, par la suite, d’étudier sa place dans le phénomène juridique.

L’intérêt de cette connaissance est d’autant plus grand que le concept de NCP émergent semble *a priori* renvoyer à des normes privées d’effet juridique, dont la formulation imprécise ne mettrait en place que de simples objectifs. Or, le trouble des juristes lié à l’introduction de dispositions

⁴ AVON-SOLETTI (M.-T.), *Des vagabonds aux SDF : approches d’une marginalité*, Université de Saint Etienne, 2002, p. 49.

⁵ HENRY-MENGUY (B.), *L’obligation de légiférer en France : la sanction de l’omission législative par le Conseil constitutionnel*, Thèse, Toulouse, sous la direction de Rousillon (H.), 2008, p. 247. L’auteur intitule précisément ce chapitre « Normes constitutionnelles programmatiques ».

⁶ *Ibid*, p. 273.

⁷ CE, 3 octobre 2008, *Commune d’Annecy*, n° 297931, concl. AGUILA (Y.), *Droit de l’environnement*, n° 162, octobre 2008, p. 19 et s.

⁸ STARCK (CH.), « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande concernant les droits

fondamentaux », *RDP*, 1988, p. 1280 et s. ; FROMONT (M.), « République fédérale d’Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2010 », *RDP*, 2011, p. 1055 et s. M. Fromont vise en l’occurrence les droits sociaux dont on verra qu’ils sont marqués par la programmaticité.

⁹ Voir notamment DA SILVA RAMOS (E.), « Contrôle juridictionnel des politiques publiques : l’effectivité des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988 », www.enelsyn.org.

¹⁰ La notion de « droit fondamental » peut être définie de différentes manières, notamment suivant une conception matérielle et selon une approche formelle.

imprécises dans les textes constitutionnels – et plus largement dans les textes juridiques - n'est pas nouveau¹¹. La norme étant au cœur du système juridique, sa dégradation apparaîtrait en effet comme le « déclin du droit »¹².

Aujourd'hui, le développement de la forme programmatique soulève de nouvelles questions : ce phénomène serait à la fois inquiétant et porteur d'opportunités¹³. Porteur de nouvelles opportunités, car le juriste constate que « *le droit – on le dira, qu'importe, post-moderne ou néo-moderne - montre son aptitude à prendre en charge des exigences collectives auxquelles il n'avait pas jusqu'alors donné d'expression* »¹⁴. Inquiétant, car le juriste craint que l'introduction de programmes dans le droit cause « *la crise, le déclin quand ce n'est pas la dénaturation du droit* »¹⁵ lui-même. Notamment parce que l'énonciation de programmes dans les textes juridiques pourrait faire du droit un simple vecteur du politique, une « *mise en forme juridique de programmes politiques* »¹⁶.

Les programmes sont d'ailleurs couramment utilisés en politique. Raison pour laquelle leur inscription dans des dispositions juridiques peut effectivement conduire à ne voir en ces énoncés que des textes d'ordre politique¹⁷. Du grec « *programma* », qui signifie « *ce qui est écrit par avance* »¹⁸, le programme est utilisé pour organiser de manière cohérente un événement, ce qui permet de prévoir à l'avance, soit le résultat que devra être l'évènement, soit les manières dont cet

¹¹ J.-B. Auby s'interroge sur le phénomène de dilution des prescriptions juridiques dans la production juridique et constate qu'« *on le trouve [...] presque à tous les niveaux de la pyramide normative* ». L'auteur insiste sur le fait qu'une des raisons d'hésiter sur le caractère juridique ou non normatif d'une disposition tient « *au caractère extrêmement peu précis de [son] contenu* ». AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », in CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.) (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 159. Dans le même sens, J. Ellul, abordant la question de la généralité de la formulation des dispositions, écrit qu'« *il n'y a de juridique que là où le langage a un sens plus précis que tout autre langage* ». ELLUL (J.), « Loi et Sacré. Droit et divin. De la loi sacré au droit divin », *Rivista internazionale di filosofia dei diritto*, 1974, p. 51 et s. Sur la généralité des dispositions constitutionnelles particulièrement, voir notamment VEDEL (G.) et RIVERO (J.), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le Préambule », *Droit social*, 1947, p. 13 et s., POIRMEUR (Y.), « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in KOUBI (G.), (dir), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 99 et s. et CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan, Giuffrè, 1952.

¹² RIPERT (G.), *Le déclin du droit. Etude de la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.

¹³ CAILLOSE (J.), « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'«objectifs» », *Les objectifs dans le droit*, sous la direction de FAURE (B.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 14.

¹⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷ D'ailleurs, une rapide approche des normes constitutionnelles programmatiques qui sera développée ultérieurement nous apprend que la présence de ces programmes dans les Constitutions a, un temps, fait croire que le droit constitutionnel correspondait à un « droit » à part, perçu comme une discipline d'essence politique plus que juridique. C'est pourquoi la Constitution soulevait des interrogations quant à la portée de ses dispositions. Il s'agissait notamment de savoir si leur forme programmatique, classiquement associée aux discours politiques, devait les rétrograder au rang de préceptes purement politiques, ou, au contraire, si ces normes devaient être interprétées comme de véritables normes juridiques.

¹⁸ PICOCHÉ (J.), *Dictionnaire étymologique du français*, Poche, coll. « Les usuels », éd. 2009.

événement devra se réaliser. C'est pourquoi, fort de cette aptitude à prévoir l'évènement, le « programme » a trouvé un terrain privilégié dans le champ du politique. On parle, en effet, de « programme politique » ; de « discours programmatique »... ou encore de « discours de programme ». Autant d'expressions auxquelles nous sommes maintenant familiarisés. En ce sens, il est par exemple devenu impossible d'en faire abstraction lorsque l'on s'intéresse aux déclarations gouvernementales¹⁹. Le discours correspond alors à une représentation du politique dans l'avenir – le politique n'étant lui-même que la capacité de décider librement et donc de s'orienter à l'égard de ce même avenir. La forme programmatique de ce discours, qui énonce des objectifs à atteindre à un terme plus ou moins long, est un outil adéquat pour rendre compte de cette dimension du futur. Sous diverses formes, dans différents systèmes politiques, que ce soit en matière de discours de tendances, de discours de partis, allant des discours préélectoraux en passant par les discours d'investitures... la forme programmatique est présente « *partout où il importe de mobiliser des énergies ou des voix pour définir un futur possible* »²⁰.

La politique mise à part, la référence au *programmatique*²¹ parcourt l'ensemble des champs de la connaissance²². À cet égard, celui du droit ne fait pas exception. En effet, dans nombre de

¹⁹ DEROUBAIX (J.-C.), *Les déclarations gouvernementales en Belgique (1944-1992). Etude de lexicométrie politique*, Thèse, Université de la Sorbonne Nouvelle-Paris 3, version manuscrite, 1996.

²⁰ *Ibid.* p. 14. Le fait que la notion de *programme* soit ainsi intimement liée à la notion de *politique* ne peut véritablement surprendre. En effet, la forme programmatique ouvre une fenêtre sur l'avenir, mais ce n'est pas tout, elle possède aussi une fonction de coalition. En ce sens, en ne prévoyant que des objectifs, sans déterminer les modalités précises de réalisation, le programme amoindrit nécessairement la probabilité d'un conflit partisan. Par exemple, en arrivant à un compromis, les différents courants politiques constitutifs d'un gouvernement, en participant à l'élaboration de son programme, sont dans l'obligation de négocier entre eux des parts d'intégration, plus ou moins grandes, de leur programme politique. La généralité ainsi obtenue dans la détermination du programme politique du gouvernement, inhérente à la coalition politique, met d'ailleurs en avant la nécessité de viser les difficultés ambiantes à prendre au sérieux. En revanche, parce qu'il s'agit d'un *programme*, toute proposition de solution concrète est remise à une étape ultérieure. Le juriste italien R. Bin apporte de nombreux développements éclairants sur ce point. BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, Milan, Giuffrè, 1988, particulièrement p. 42 et s et p. 54 et s.

²¹ C'est aussi le cas des dérivés du terme « programmatique », à savoir « programme », « programmation »...

²² On la retrouve par exemple dans la science de la vie. En effet, la première expérience humaine du programme est certainement celle liée à l'existence même de l'individu. Nous naissons avec certaines caractéristiques héréditaires prévues dans nos chromosomes, supports de notre *programme* génétique. Les sciences mathématiques et informatiques, pour ne faire que les citer, montrent, elles aussi, une large réflexion sur la notion. Ce constat s'étend au-delà des sciences « dures ». La notion de « programmatique » est, en effet, particulièrement prisée dans les langages techniques contemporains des sciences sociales. Ainsi, en matière de gouvernance, terme à la mode au XXI^{ème} siècle, qualifie-t-on parfois les autorités de « *groupes d'élites programmatiques* ». GENIEYS (W.), *L'émergence d'élite(s) programmatique(s) face à la mutation de l'Etat français*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelone 2007, p. 5. P. Le Galés propose alors de définir la gouvernance « *comme un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux et d'institutions, en vue d'atteindre des objectifs définis et discutés collectivement. La gouvernance renvoie alors à l'ensemble des institutions, de réseaux, de directives, de réglementations, de normes, d'usages politiques et sociaux ainsi que d'acteurs publics et privés qui contribuent à la stabilité d'une société et d'un régime politique, à son orientation, à la capacité de diriger, et à celle de fournir des services et assurer sa légitimité* ». Cité par GENIEYS (W.), *op. cit.* p. 5. Dans cette hypothèse, sous la plume de la doctrine, le terme « programmatique » se justifie par le fait que les actions menées par ces « élites » façonnent « *l'orientation et le contenu de l'action publique dans un secteur donné de l'activité étatique* ». *Ibid.*, p. 3. Les sciences économiques et

domaines juridiques, il est fréquent de retrouver la notion²³ de *programme*²⁴. La forme téléologique des normes s'illustre par exemple en droit communautaire avec les directives qui, « *par essence, assujettissent ceux qui ont à les appliquer à des normes d'objectifs, car elles ont précisément pour fonction de fixer des objectifs en laissant aux États le soin de déterminer les moyens* »²⁵. En droit interne, le droit des finances publiques, notamment, témoigne de la présence importante d'instruments spécifiques de programmation. C'est par exemple le cas en France de la rationalisation des choix budgétaires, système qui regroupe l'ensemble des dépenses publiques par *programmes*²⁶. En outre, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution

financières ne sont pas en reste. Dans chacune de ces disciplines, le terme *programme*, ainsi que ses dérivés, rayonnent.

²³ Il est difficile d'établir une différence, en droit, entre *concept*, *notion* et même *catégorie* juridiques. La *catégorie* juridique est souvent utilisée comme synonyme de *concept*. PIC (E.), « Faire de la terminologie en droit ? », Communication du 30 septembre 2005 donnée lors des journées ENS-Cachan / Paris 7 sur les langages de spécialité, www.eila.univ-paris-diderot.fr, p. 62. E. Pic écrit à ce sujet qu'« *entre concept et notion, le flou le plus total règne sur une éventuelle distinction* ». L'auteur rappelle à cet égard les mots de F. Haid. Celui-ci ne fait pas de distinction « *entre les termes notion et concept, une telle distinction nous paraissant à la fois très discutable et particulièrement délicate à réaliser* » ; il appréhende plutôt ces deux termes étant « *comme la signification [...] d'une expression linguistique, la représentation mentale générale et abstraite à laquelle elle renvoie* ». HAID (F.), *Les notions indéterminées dans la loi*, Thèse de doctorat, université Paul Cézanne, Aix-Marseille, 2005, cité in PIC (E.), *op. cit.*, p. 63. D'autres distinguent la « *notion* » du « *concept* » sans pour autant donner des définitions de ces termes qui éclaireraient incontestablement sur leur signification propre. Ainsi, pour X. Bioy, la « *notion juridique* » correspond à un « *terme à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers* », alors que le « *concept juridique* » est une « *construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions* ». BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, cité in PIC (E.), *op. cit.*, p. 63. Il est possible de distinguer le « *concept* » de la « *notion* » en associant le premier à l'idée de résultat et la seconde à celle de connaissance immédiate de quelque chose. En quelque sorte, avec nos notions, nous pouvons construire des concepts. À la différence de la « *notion* », le « *concept* » est une forme cernée par des interprétations sans que celles-ci l'épuisent. Par exemple, il est possible à chacun de s'approprier le concept de démocratie, mais demander à une assemblée ce qu'est ce concept n'épuisera pas le sens à lui donner. En revanche, il en va différemment de la notion de démocratie « *athénienne* ».

²⁴ Notons à titre indicatif que la notion de *programme* se distingue de celle de *projet*. Un regard sur le droit international nous permet de cerner cette distinction. En droit international, le programme est utilisé comme instrument de coopération technique multilatérale. Quel que soit le domaine dans lequel il intervient, le *programme* correspond à un outil nécessaire pour permettre de planifier une action dans le temps. Pour M. Virally, « *le programme se présente donc, avant tout, comme un acte de prévision, mais d'une nature particulière et qui a valeur normative* ». VIRALLY (M.), « La notion de programme – un instrument de la coopération technique multilatérale », *Annuaire Français de droit international*, vol. 14, 1968, p. 530 et s. Ainsi, parce que le programme prévoit une action à réaliser, il oriente notre regard vers le futur. En ce sens, il correspond à un acte de prévision. Il ne faut pas voir en lui un acte décrivant un avenir éventuel. Le programme rend compte d'une activité pour laquelle l'autorité qui l'a adopté travaillera à sa réalisation. Mais, nous le verrons, la prévision du programme demeure vague, marquée par la généralité. Ce n'est que la prise de décisions, dans le futur, qui précise concrètement les modalités nécessaires à sa réalisation. Autrement dit, comme le souligne l'auteur, « *le programme couvre un nombre, déterminé ou non, d'opérations indépendantes, qui trouvent place dans son cadre, mais ne sont pas définies par lui* ». En revanche, par « *projet* », il faut généralement comprendre non pas un acte de prévision abstrait, mais un acte de prévision concret en ce qu'il prévoit précisément l'action permettant sa réalisation : « *il doit arrêter dans le détail tout ce qui est nécessaire à son exécution* ». *Ibid.*

²⁵ AUBY (J.-B.), « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p. 329.

²⁶ C'est-à-dire par un ensemble d'activités ayant comme dénominateur commun, non pas leur attachement à une entité administrative, mais plutôt un objectif ou un résultat donné. A cet égard, D. Débard définit le « *programme* » comme « *un regroupement d'activités gouvernementales qui concourent à la réalisation d'un*

française prévoit l'existence de lois de *programmation*²⁷. Selon l'article 34 de la Constitution nouvellement modifiée, « *les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques* ». De manière générale, le développement de formulations téléologiques dans les textes de loi est patent²⁸. Ainsi en est-il des lois de plan, des lois de programmes, des lois d'orientation et des lois de programmation. C'est aussi le cas de lois ordinaires relatives par exemple au logement²⁹ ou à l'urbanisme³⁰. Au-delà du droit interne, la présence de *programmes* se constate dans une grande partie des ordonnancements juridiques³¹.

Le développement de la forme programmatique dans le droit a incontestablement progressé depuis le XX^{ème} siècle³². Aujourd'hui, celui-ci paraît suffisamment important pour qu'il ne soit pas forcément assimilé à une « malfaçon » du droit qui entacherait sa pureté. D'autres conclusions doivent pouvoir être tirées de cette prolifération de la forme programmatique dans le phénomène juridique. C'est précisément ce que nous chercherons à mettre en lumière à partir de l'observation,

objectif ou output distinct. Comme le programme doit devenir l'objet de décision d'un gouvernement dans le processus d'allocation des ressources, il faut conséquemment qu'il corresponde à une entité importante, qu'il dure plusieurs années et qu'il puisse se traduire en termes opérationnels ». Cité in VIRALLY (M.), *op. cit.*

²⁷ Par exemple, la loi du 3 août 1999 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement contient de nombreuses dispositions téléologiques que des contrats doivent mettre en œuvre. Loi n° 2009-667, 3 août 2009, *JO*, 5 août 2009, p. 13031. C'est le cas, en matière de transports, de la création d'un schéma national des infrastructures de transport qui est assortie à la conclusion de contrats pluriannuels entre l'Etat et les autorités compétentes dans le but de définir les priorités et de prévoir les moyens nécessaires à leur action.

²⁸ La présence de ce type d'énoncés dans l'ordonnement juridique n'est d'ailleurs pas nouvelle. A cet égard, une étude de 1991 portant sur les énoncés téléologiques présents dans les textes législatifs dénombrait, sur une période de dix années, près de deux cents lois dans lesquelles étaient inscrites de telles dispositions. « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », *RJJ. Droit prospectif*, 1989-4, n° spécial, Cahiers de méthodologie juridique.

²⁹ L'article L 411-9 du Code de la construction et de l'habitat prévoit la nécessité de plans stratégiques du patrimoine afin d'assurer la gestion du patrimoine des organismes d'HLM. Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, *JO*, 27 mars 2009 p. 5408 Il s'agit d'une forme de « *planification contractualisée sous contrainte* » pour J. Jégouzo. JÉGOUZO (J.), « La loi sur le logement et la réaffirmation du rôle de l'Etat », *AJDA*, 2009, p. 1282 et s.

³⁰ Par exemple, l'article L 110 du Code de l'urbanisme renvoie aux autorités compétentes la charge « *d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, de réduire les émissions de gaz à effet de serre, de réduire les consommations d'énergie, d'économiser les ressources fossiles d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la biodiversité notamment par la conservation, la restauration et la création de continuités écologiques, ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements* ».

³¹ Pour une approche générale au sein des différentes branches de droit français et étranger, nous renvoyons le lecteur aux travaux collectifs tirés du colloque des 25 et 26 septembre 2009 organisé par le CEJLR, *Les objectifs dans le droit*, FAURE (B.), (sous la direction de), Dalloz, Paris, coll. « Thèmes & commentaires », 2010. Pour une étude italienne de la question, voir BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, *op. cit.*

³² Les colloques consacrés à l'existence d'objectifs et de programmes dans le droit l'attestent. Voir, par exemple en France, le colloque *Les objectifs dans le droit* précité. Les normes-objectifs comme les normes constitutionnelles programmatiques sont des normes téléologiques qui prévoient une finalité assignée à l'Etat. Ces normes peuvent prendre plusieurs formes : objectifs, lois de programmation, documents de planification, programmes... Pour J. Caillosse, il s'agit d' « *une sorte d'infra-droit-programmatique et incitateur organisé autour d'"objectifs à atteindre"* ». *op. cit.*, p. 18.

cette fois, de l'ordonnancement supérieur qu'est le droit constitutionnel et des normes programmatiques qu'il véhicule.

2. Développement de la forme programmatique dans les Constitutions

Tout le problème réside alors dans le fait que le programmatique mêle l'indétermination de la norme dans sa formulation moderne au droit dans sa déclinaison classique. Traditionnellement, la norme juridique réclame la clarté et la précision de la disposition qui la formule. Cette précision permet non seulement de guider, mais aussi d'évaluer son respect et de sanctionner sa méconnaissance. Une disposition trop imprécise pourrait donc ne pas exprimer de norme. C'est-à-dire, plus exactement, qu'elle pourrait ne pas révéler la présence d'une signification prescriptive dotée d'un caractère suffisamment nécessaire et contraignant. Or, justement, il résulte de l'observation de l'horizon normatif contemporain que « *les commandements assortis d'une menace de sanction, les prescriptions [...] donc, tendent à céder la place de plus en plus fréquemment à des déclarations d'objectifs, des normes d'orientations, des programmes d'action* »³³. C'est le cas également des ordonnancements constitutionnels, lesquels comptent fréquemment en leur sein un type d'énoncés à la prescription particulière : les « dispositions constitutionnelles programmatiques ».

On trouve effectivement des énoncés programmatiques aussi bien dans des Constitutions anciennes que dans des Constitutions récentes, en France comme à l'étranger. C'est le cas de la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787 qui prévoit en guise de Préambule une disposition sous forme d'objectif que la Fédération devra poursuivre : « *Nous, le peuple des États-Unis, en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la tranquillité intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer des bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à nos descendants...* ». De même, la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874 inscrivait dans un Préambule l'objectif que l'État allait devoir atteindre : « *La Confédération suisse, voulant affermir l'alliance des Confédérés, maintenir et accroître l'unité, la force et l'honneur de la Nation suisse, adopte la Constitution fédérale suivante* ». La Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 prévoit la clause de l'État social et la protection de l'environnement qui est de ces finalités constitutionnelles qui sont confiées à l'action étatique. En Grèce, la Constitution du 9 juin 1975 prévoit que « *L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres ; leur développement et leur promotion constituent une obligation de*

³³ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *op. cit.*, p. 159.

l'État »³⁴. À la suite de la Révolution de 1974, la Constitution portugaise du 25 avril 1976 énonce le but que s'est fixé l'État et qu'il devra atteindre, à savoir celui « *d'assurer la primauté de l'État de droit démocratique et d'ouvrir la voie vers une société socialiste, dans le respect de la volonté du peuple portugais, afin de construire un pays plus libre, plus juste et plus fraternel* ». La Constitution de l'ex-Urss du 7 octobre 1977 prévoit, elle aussi, des normes téléologiques, inscrivant au rang constitutionnel la finalité à atteindre : « *Le but suprême de l'État soviétique est de construire une société communiste sans classe où se développera l'auto-administration sociale communiste. Les tâches essentielles de l'État socialiste du peuple tout entier sont les suivantes : créer la base matérielle et technique du communisme [...] élever le niveau de vie et de culture des travailleurs, garantir la sécurité du pays, contribuer au renforcement de la paix et au développement de la coopération internationale* ». Enfin, la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 prévoit dans son article 3 « *Les objectifs fondamentaux de la République fédérale du Brésil* »³⁵ qu'elle énumère un à un.

Cette multitude d'usages constitutionnels de la forme programmatique rend compte de la place non négligeable que prend le concept de norme constitutionnelle programmatique. Il s'agit donc d'abord de s'interroger sur ce qu'il faut véritablement comprendre par « norme constitutionnelle programmatique »³⁶ afin, par la suite, d'analyser les conséquences que peut avoir l'introduction massive de ce type de normes dans l'ordonnement constitutionnel.

3. De la disposition constitutionnelle programmatique à la norme constitutionnelle programmatique

L'accent doit ici être mis sur la distinction qui existe entre la disposition et la norme. La première correspond à un acte qui regroupe des « *formules linguistiques textuelles* »³⁷. En revanche, une norme « *est la signification d'un acte...* »³⁸. Le droit se présente comme l'ordonnement des normes juridiques, si bien que la norme se définit comme l'élément au cœur du phénomène

³⁴ Article 16 de la Constitution grecque.

³⁵ Article 3, Titre 1 de la Constitution brésilienne de 1988.

³⁶ Il s'agit donc de dégager une définition de cette catégorie de normes, d'identifier ce nouveau concept. En droit, la définition n'est que le lieu de rencontre d'accords sur une acception d'un objet juridique. Elle renferme ainsi un aspect strictement conventionnel, posant de véritables « *problèmes méthodologiques* ». EISENMANN (CH.), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2^{ème} éd. Panthéon Assas, Paris, 2002, p. 290. Comme le soulignent H. Hamon et M. Troper, une « *définition n'est pas une thèse relative à la véritable nature d'une chose, mais un outil intellectuel permettant de construire un raisonnement* ». HAMON (H.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2005, 29^{ème} éd., p. 17. Cette définition que nous cherchons à établir permettra ainsi de construire le concept de norme constitutionnelle programmatique.

³⁷ ZAGREBELSKY (G.), *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2^{ème} éd., 1988, p. 279.

³⁸ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., traduction EISENMANN (CH.), LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 7.

juridique. La confusion est souvent faite entre « disposition » et « norme ». Pourtant, si une norme n'est pas détachable d'un énoncé, c'est seulement en ce que celui-ci participe de la procédure de production de la norme³⁹. Mais ces deux notions ne sont pas synonymes⁴⁰. Notamment parce qu'une disposition peut ne pas exprimer une norme⁴¹. H. Kelsen soulignait que « *le mot "norme" exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer la conduite d'autrui* »⁴². La norme est donc, entendue dans son sens classique, la signification d'un énoncé dont l'objet est de prescrire une conduite. C'est pourquoi, sous cet angle, il ne peut y avoir de norme si l'énoncé est uniquement descriptif ou proclamatoire. Dans ce cas, l'imprécision de la disposition devrait empêcher l'expression d'une norme juridique qui est par principe prescriptive selon cette définition. Cette approche normativiste implique alors la nécessité de mettre l'accent sur l'existence de la norme et sur son caractère complet ou sensé. Le paradigme normativiste détermine ainsi *a priori* le cadre épistémologique de la réflexion.

Or, la « programmaticité » à laquelle renvoie le concept de NCP éloigne nécessairement l'énoncé de la précision apparemment requise par le droit. Elle introduit une part d'imprécision dans la formulation de la disposition qui pourrait manifester ce que J.-B. Auby appelle la « dilution de la prescription »⁴³, symptomatique de la « crise du droit ». Mais, faut-il véritablement déduire de l'introduction de programmes dans le droit, les risques d'une crise du droit ? En 1949, G. Ripert considérait qu'il fallait relativiser ce propos, cette crise étant simplement à la hauteur de l'idéalisation du droit car « *la vérité est que la France a eu et a donné au monde une si haute idée du droit que l'on y ressent, plus qu'ailleurs peut-être, le malaise de son déclin* »⁴⁴. Plutôt qu'une

³⁹ Suivant l'approche positiviste du droit, toute norme est l'expression d'une volonté humaine qui se manifeste par des actes, des dispositions. La norme juridique correspond au produit d'actes de volonté que le droit reconnaît. Par exemple, le jugement est la manifestation de la volonté de l'organe juridictionnel ; la loi, celle de l'organe législatif et la Constitution est l'expression de la volonté de l'organe constituant. Pour autant, ces manifestations ne correspondent pas à des normes.

⁴⁰ Pour une analyse plus développée de la distinction norme/disposition, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos développements spécifiques de la première partie de notre thèse. Voir aussi, notamment DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, PUAM, Economica, Préface FAVOREU (L.), 1997.

⁴¹ Mais aussi pour d'autres raisons. D'abord parce qu'à une disposition peuvent correspondre plusieurs normes. C'est par exemple le cas lorsqu'une disposition révélant une polysémie favorise l'émergence de plusieurs normes. Alors, pour appliquer la disposition, l'interprète doit faire un tri parmi les différentes interprétations. Inversement, à une norme peuvent correspondre plusieurs dispositions. Il s'agit de l'hypothèse où la norme est issue de plusieurs dispositions qui sont reliées entre elles. Dans ce cas, la disposition est lue à la lumière d'une autre. Ensuite, parce qu'une norme peut exister sans disposition lorsqu'elle ne repose sur aucun fondement textuel. On pense à la coutume.

⁴² KELSEN (H.), *op. cit.*, p. 6.

⁴³ AUBY (J.-B.), *op. cit.*

⁴⁴ RIPERT (G.), *op. cit.*, Préface, p. VII.

véritable crise du droit, le concept de norme constitutionnelle programmatique pourrait seulement rendre compte de son évolution.

4. La connaissance du concept éclairée par l'expérience italienne des normes constitutionnelles programmatiques

Ce n'est que récemment que le juriste français s'est confronté à ce concept et à ses implications en droit⁴⁵. Étant pour l'essentiel inconnu, son émergence en France interroge donc. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt « Commune d'Annecy », le commissaire du gouvernement⁴⁶ Y. Aguila soulève des difficultés qui rendent compte de l'absence de maîtrise de ce concept⁴⁷. Il s'agissait de savoir si les dispositions de la Charte de l'environnement pouvaient être appliquées à l'espèce et produire des effets inhérents aux normes juridiques. Or, cette Charte contient des normes constitutionnelles programmatiques. Autrement dit, la question était avant tout de comprendre le concept de NCP, afin d'en tirer les conséquences pratiques. Sujette à trop de zones d'ombre en France, la norme constitutionnelle programmatique est au contraire bien connue en Italie, où la doctrine lui a consacré un grand nombre d'études et où les juges – ordinaires et constitutionnels – sont aujourd'hui familiarisés avec ce concept. Dans le but d'en déterminer les contours et d'en connaître les conséquences en droit positif, il est donc intéressant de prendre en compte l'expérience italienne qui reconnaît et utilise les normes constitutionnelles programmatiques depuis 1948⁴⁸.

Pour le juriste français, tenter de comprendre le concept de NCP à partir de l'expérience italienne se justifie aussi par la « *parenté [...] indéniable et le parallèle [...] singulièrement instructif* »⁴⁹ entre les Constitutions française et italienne. Selon J. Rivero, un « *rapport de fraternité* »⁵⁰

⁴⁵ Nous verrons que dès l'adoption de la Constitution de 1946, se sont posées des questions liées à la valeur juridique des dispositions de son Préambule qualifiées parfois de dispositions-programme. Il en est de même après l'adoption de la Constitution de 1958 dont le Préambule reprend celui de la Constitution de 1946. Mais il ne s'agissait pas expressément de norme constitutionnelle programmatique, l'utilisation de ce concept reste récente.

⁴⁶ Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions. En vertu de ce texte, Depuis le 1^{er} février 2009, le commissaire du gouvernement est dénommé « rapporteur public ».

⁴⁷ AGUILA (Y.), *op. cit.*

⁴⁸ C'est-à-dire, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1948, de la Constitution italienne promulguée le 27 décembre 1947.

⁴⁹ RIVERO (J.), « Les Constitutions italienne et française » dans *La Constitution italienne de 1948*, Recueil d'études sous la direction d'E. CROSA, Armand Colin, 1950, p. IX.

⁵⁰ Si on revient sur l'origine du mot « fraternité », on remarque que son dérivé, le terme « fraternel », du latin *fraternus*, signifie « du même sens ». Dire que les Constitutions française et italienne entretiennent un rapport de fraternité peut alors se traduire par des Constitutions empreintes du même sens ou signification. L'expression employée par J. Rivero semble dès lors éclairer sur le rapport qu'entretiennent ces deux Constitutions, rappelant implicitement le contexte historico-politique présent en Italie et en France, ainsi que

rapproche ces deux textes. Le fait que les Constitutions de ces deux États soient « *nées de deux opinions publiques travaillées par des courants de pensée analogues, au sein desquelles la répartition des forces s'opérait à peu près sur les mêmes bases* »⁵¹ et qu'elles soient pour cela « *filles des mêmes idéologies et des mêmes circonstances* »⁵² justifie d'autant plus le fait de s'aider de l'approche faite en Italie des normes constitutionnelles programmatiques afin de comprendre ce concept qui émerge en France.

Il est intéressant à cet égard de souligner le rapprochement qui existe entre la manière d'appréhender en France ces programmes et celle adoptée en Italie plusieurs décennies plus tôt.

En ce sens, le juriste italien identifie, dès le début des années cinquante, différents types de programmes constitutionnels au regard du critère matériel lié à la précision caractéristique de la règle de droit classique. Ainsi, par exemple, le constitutionnaliste italien V. Crisafulli opère une distinction suivant que, d'une part, ces dispositions prescrivent aux organes étatiques une certaine fin plus ou moins déterminée à atteindre, ces organes restant libre des moyens à adopter pour y parvenir ; d'autre part, qu'elles prescrivent une fin à atteindre en indiquant, au moins dans les grandes lignes, les moyens à mettre en œuvre, ce qui limite la liberté du législateur dans la manière de réaliser le programme⁵³. De même, la Cour constitutionnelle italienne a, dès sa première décision, identifié ce type d'énoncés qu'elle classe elle aussi suivant ce même critère matériel⁵⁴. Le juge de la loi distingue en effet ces programmes selon qu'ils « *se limitent à tracer des programmes vagues de réalisation future et incertaine, parce que subordonnée à l'existence de situations qui le permettent* » ; ou qu'ils ont « *un caractère concret qui ne peut pas ne pas lier le législateur immédiatement* » ; ou, enfin, selon que ces programmes correspondent à de « *pures normes qui fixent les principes fondamentaux, qui se retrouvent dans la législation entière* ».

Or, il ressort d'une étude menée en 2010, portant sur la présence de textes de nature téléologique dans le droit, que cette subdivision établie depuis soixante ans en Italie se retrouve, aujourd'hui,

les intérêts à préserver à l'époque de l'adoption de ces Chartes fondamentales. En ce sens, E. Crosa écrit que « *la Constitution italienne, ainsi que la Constitution française, témoigne du climat politique extrêmement agité dans lequel elle est née* ». Voir « *La nouvelle Constitution. Ses caractéristiques* », *La Constitution italienne de 1948, op. cit.*, p. 43.

⁵¹ RIVERO (J.), *op. cit.*, p. IX.

⁵² *Ibid.* Entrée en vigueur deux années après la Constitution française de 1946, la Constitution italienne de 1948 a pu vraisemblablement être influencée par l'expérience française. Pour autant, elle se distingue de son aînée, ne serait-ce que formellement, car son catalogue de libertés et de droits fondamentaux ne s'inscrit pas dans un Préambule, comme c'est pourtant le cas dans la Constitution française. Nous verrons aussi que si les notions de « *norme constitutionnelle programmatique* » et de « *disposition constitutionnelle programmatique* » sont courantes dans le langage juridique italien, il en va différemment en France où ces expressions restent encore peu utilisées. C'est pourquoi, pas parfaitement identiques ni complètement différentes, les Constitutions italienne et française, et plus particulièrement les normes constitutionnelles programmatiques qu'elles supportent, offraient donc la possibilité d'une comparaison.

⁵³ CRISAFULLI (V.), « *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche* », *RTDPub*, 1951, Giuffrè, Milan, p. 357 et s., spécialement p. 369.

⁵⁴ *Corte cost., sent. n° 1 du 14 juin 1956, Giur. cost.*, p. 1.

de manière sensiblement identique en France où B. Faure identifie trois catégories de dispositions constitutionnelles programmatiques⁵⁵. Pour l'auteur, certaines correspondent à des exigences suffisamment précises pour que l'action du législateur puisse être déterminée. Il s'agit par exemple de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « *La loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme* ». D'autres, dont l'imprécision est plus importante, n'imposent au législateur aucune conduite déterminée, si bien que « *leur mise en œuvre demandera un appareil législatif et réglementaire si considérable qu'on devra finalement tous le progrès à l'autorité d'exécution* »⁵⁶. Il s'agit notamment de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004 aux termes duquel « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Enfin, certaines de ces dispositions sont caractérisées par une concrétisation qui demeure dépendante des contraintes matérielles liées à la réalité des faits. Il en est ainsi du droit d'obtenir un emploi prévu au 5^{ème} alinéa du Préambule de 1946 ou de la possibilité de disposer d'un logement décent.

Du croisement de ces deux approches, italienne et française, il ressort que l'introduction de programmes dans les Constitutions induit l'imprécision des énoncés qui en sont le support. Elle tend ainsi à renforcer l'indétermination du texte. Corrélativement, c'est la teneur normative de ces dispositions qui est alors mise en doute.

Les programmes ont par conséquent du mal à trouver leur place dans le droit, lequel renvoie classiquement à un système de pensée binaire dans lequel est droit ce qui est normatif et, *a contrario*, est extérieur au droit ce qui n'est pas normatif. Les dispositions constitutionnelles de forme programmatique ont ainsi été un temps considérées comme étant seulement déclaratives. Ce qui impliquait le refus de voir en elles le support de « normes » constitutionnelles programmatiques. Pour autant, de là à inscrire aujourd'hui les dispositions programmatiques des Constitutions dans le registre des énoncés non juridiques, il n'y a qu'un pas qu'il serait précipité de franchir.

5. Un conflit récurrent d'interprétation du concept de norme constitutionnelle programmatique : entre normatif et non-normatif

L'apport du droit comparé apparaît donc comme un instrument nécessaire pour dégager des éléments de réponses qui contribueront à mieux saisir ce que sont les normes constitutionnelles programmatiques en France. En effet, après la conquête constitutionnelle des États modernes, les

⁵⁵ FAURE (B.), « Rapport introductif. Le phénomène des objectifs en droit », *Les objectifs dans le droit*, sous la direction de B. Faure, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, Paris, 2010, p. 1 et s., spécialement p. 4.

⁵⁶ *Ibid.*

premières applications de leur nouvelle Charte fondamentale par les juridictions nationales ont rapidement distingué, parmi l'ensemble des dispositions constitutionnelles, les dispositions programmatiques des autres. Quel que soit le pays concerné, les interprétations se sont rapidement scindées en deux thèses opposées. D'un côté, les tenants de l'absence de juridicité des dispositions constitutionnelles programmatiques qui considèrent ces dernières comme de simples déclarations d'intention politique. De l'autre, les partisans de l'appartenance de ces dispositions au droit, faisant de ces énoncés le support de véritables « normes » constitutionnelles programmatiques.

Autrement dit, soit il est question de dispositions programmatiques non normatives, soit il s'agit de normes constitutionnelles programmatiques. Pour les uns, à l'image de l'auteur brésilien M. Neves, les dispositions constitutionnelles programmatiques correspondent à des formules idéelles, adoptées car elles ne contreviennent pas aux intérêts des groupes au pouvoir et véhiculent par des formules rhétoriques les bonnes intentions des gouvernants⁵⁷. Pour les autres, « *une Constitution n'édicte pas des conseils, avis, simples recommandations, mais de vrais ordres dictés par le peuple* »⁵⁸. Cette opinion, qu'exprime un autre auteur brésilien défenseur, cette fois, de la normativité de toutes dispositions constitutionnelles y compris programmatiques, est partagée par d'autres juristes d'autres nationalités, tel que, en Italie, V. Crisafulli⁵⁹.

Ce dernier se positionne très tôt en faveur de la reconnaissance de la normativité des dispositions programmatiques de la Constitution italienne. Il prend ainsi parti au débat qui, dès l'adoption de la Constitution, oppose ceux qui revendiquent l'appartenance de ces dispositions au droit à ceux qui la refusent. Ce conflit d'interprétations a pris d'ailleurs une telle importance dans la péninsule que V. Crisafulli a pu souligner dans les années cinquante que « *le concept de norme programmatique et sa différenciation avec les normes qui se nomment plus particulièrement, selon l'expression conventionnelle, immédiatement prescriptives, est devenu ces derniers temps un vrai cheval de bataille de la doctrine et de la jurisprudence...* »⁶⁰. Près de soixante ans plus tard, cette observation reste incontestablement d'actualité.

⁵⁷ NEVES (M.), *A constitucionalização simbólica*, Sao Paulo, Academica, 1994, p. 89. Pour une étude brésilienne relative à la notion de norme constitutionnelle programmatique, voir LYRIO PIMENTA (P.-R.), *Eficacia e aplicabilidade das normas constitucionales programaticas*, Sao Paulo, Max Limonad, 1999 ; pour une approche en français, voir DA SILVA RAMOSI (E.), « Contrôle juridictionnel de politiques publiques : l'effectivité des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988 », <http://www.enelsyn.gr>.

⁵⁸ BARBOSA (R.), *Commentarios à Constituição Federal brasileira, V.II. Coligidos coordenados por H. Pires*, Sao Paulo, Saraiva & Cia, 1932, cité dans CHAMPEIL DESPLATS (V.), « La justiciabilité des droits sociaux et la doctrine sud-américaine. Rapports du groupe sud-américain », p. 13, *projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, droits des pauvres, pauvres droits ?* http://droits.sociaux.free.fr/Projet/rapports/rapport_scientifique.pdf

⁵⁹ L'auteur a écrit de nombreuses études à ce sujet, notamment CRISAFULLI (V.), *Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan Giuffrè, 1952 du même auteur *Stato, popolo, governo : illusioni e delusione costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁶⁰ CRISAFULLI (V.), « Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche" », *op. cit.*, spécialement p. 357.

En 1952, l'auteur italien consacre une partie essentielle de son œuvre à l'analyse de ce concept. Quatre ans plus tard, en rendant sa première décision, la Cour constitutionnelle italienne reconnaît l'existence de normes constitutionnelles programmatiques en les opposant aux normes directement prescriptives⁶¹. En 1988, c'est R. Bin, un autre spécialiste de la notion, qui fait référence à l'expression pour intituler son ouvrage⁶². En 2004, un « paquet » remarqué de décisions rendues par la Cour constitutionnelle italienne génère une vague doctrinale qui submerge les quotidiens : il est de nouveau question des normes constitutionnelles programmatiques, même si ce n'est que par le prisme des normes programmatiques des statuts régionaux⁶³. Deux ans plus tard, à l'occasion des cinquante ans de la *Consulta*, S. Presta évoque de nouveau la question de savoir si les normes constitutionnelles programmatiques sont ou non exclues des normes juridiques, question qui avait été posée à la Cour constitutionnelle en 1956.

Plus de cinquante ans de recherches menées dans la péninsule nourrissent donc la réflexion autour de ce concept. En outre, de même que la forme programmatique se répand dans l'ordonnement juridique français, elle se diffuse dans les textes de droit italien⁶⁴. La doctrine a donc logiquement cherché à appréhender cette catégorie juridique. Ainsi, constatant l'ampleur avec laquelle la formulation programmatique a par exemple investi les énoncés législatifs, R. Bin évoque une « technique législative »⁶⁵ caractérisée « de manière significative »⁶⁶ par ces programmes dont l'usage tend à la « corruption du style législatif »⁶⁷, signe, dit-il, « de la décadence de l'État de

⁶¹ *Corte cost., sent. n° 1 du 14 juin 1956, Giur cost., 1956, p. 1.*

⁶² BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche, op. cit.*

⁶³ *Corte cost., sent. n° 372 du 29 novembre 2004, Giur. Cost., 2004, p. 4022 ; Corte cost., sent. n° 378 du 6 décembre 2004, Giur cost., p. 4111 ; Corte cost., sent. n° 379 du 6 décembre 2004, Giur cost., p. 4161.* Nous verrons qu'à l'occasion de ces décisions, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la question de savoir si les dispositions programmatiques des statuts régionaux étaient de véritables normes juridiques. Dans l'affirmative, la juridiction pourrait se prononcer sur leur validité et conclure, le cas échéant, à leur inconstitutionnalité. Dans la négative, ces dispositions programmatiques litigieuses ne seraient pas des normes juridiques. Dans ce cas, la constitutionnalité de ces dispositions ne pourrait être appréciée par la Cour puisque seules des normes juridiques peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. En l'espèce, le juge constitutionnel s'est prononcé en faveur de la seconde hypothèse. Les dispositions programmatiques des statuts régionaux ne sont pas des normes juridiques. Elles correspondent seulement à des préceptes d'ordre politique ou moral. Le fait que la Cour ait privé d'effet juridique ces dispositions programmatiques statutaires a pu surprendre, notamment parce que, textuellement, rien ne les différencie des dispositions constitutionnelles programmatiques qui, elles, ont été reconnues par la même instance comme étant de véritables normes juridiques. A partir des dispositions programmatiques des statuts régionaux, ces décisions ont donc fait ressurgir des questions relatives aux normes constitutionnelles programmatiques auxquelles la Cour constitutionnelle avait répondu dès 1956. Voir notamment, DI MANNO (TH.), « L'"inefficacité juridique" des normes "programmatiques" des statuts régionaux ordinaires », *AJJC*, 2005, p. 717 et s. L'analyse de ces décisions fera l'objet de plus amples développements par la suite. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la seconde partie de notre thèse.

⁶⁴ BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche, op. cit.*, p. 3 et s.

⁶⁵ *Ibid.* p. 11.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

droit »⁶⁸. La loi, disait Portalis, « permet, ordonne ou interdit », ce qui semble bien évoluer avec l'inscription de programmes dans l'œuvre du législateur. L'auteur, comparant les principes et les programmes, énonce alors que « *le premier est une norme, [...] l'autre est une proposition qui exprime des fins politiques, des objectifs et autres, et n'est donc pas formulée avec les mêmes modes d'expressions caractéristiques des normes* »⁶⁹.

C'est là la problématique de l'appartenance des dispositions programmatiques au droit qui est évoquée par R. Bin, comme elle l'a d'ailleurs été, de manière générale, par la doctrine italienne. Aussi, s'interroger sur la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques ne pouvait décemment s'inscrire dans la seule continuité de cet héritage doctrinal. Une telle approche n'aboutirait en effet qu'à une usurpation de travaux, à une « imposture savante », tout au plus, à une redite. Or, si le concept de NCP capte encore l'attention du juriste contemporain, s'il appelle de nouvelles études, c'est sans conteste que certaines de ses facettes encore obscures requièrent un nouvel angle d'approche.

6. De nouvelles perspectives : les normes constitutionnelles programmatiques, symptôme de l'évolution du droit

Longtemps, le questionnement relatif aux normes constitutionnelles programmatiques se réduisait pour l'essentiel à demander si ces programmes constitutionnels étaient du droit à part entière, ou bien seulement des considérations politiques⁷⁰ ou même philosophiques. Autrement dit, suivant cette problématique, soit les normes constitutionnelles programmatiques étaient des normes et, en ce cas, leur intérêt comme catégorie spécifique disparaissait, noyé dans une totalité normative. Soit ces « normes » étaient privées de normativité⁷¹ et, en ce cas, leur sort était rapidement réglé et la portée de la Constitution clairement diminuée.

Aujourd'hui, il faut quelque peu déplacer le champ de la réflexion. Réfutant ce raisonnement binaire et classique « normatif / non normatif », nous avons cherché à montrer l'existence de

⁶⁸ *Ibid.* L'auteur précise, au sujet des énoncés programmatiques inscrits dans les textes de lois, « *que la loi qui contient des indications de finalité politique, des motivations, des expressions avec lesquelles le législateur exprime ses propres intentions, doit être considérée, au regard de la tradition d'une pensée juridique liée aux fondements de l'Etat de droit, comme un fait à regarder comme suspect* ». p. 14.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 144.

⁷⁰ On sait que la forme programmatique est fréquemment utilisée en politique. Ce qui a pu avoir pour conséquence de faire présumer de la portée seulement politique des dispositions programmatiques inscrites dans les textes juridiques.

⁷¹ La normativité correspond à l'attribut propre à tout énoncé juridique. Traditionnellement, la dimension normative résulte de la nature des énoncés qui doivent contenir des prescriptions auxquelles les destinataires doivent obéir. Sur la notion de normativité, voir notamment le dossier spécial y étant consacré, CHEVALLIER (J.), CCC n° 21, janvier 2007, www.conseil-constitutionnel.fr.

véritables « normes » constitutionnelles programmatiques. Mais des normes à la normativité particulière qui contribueraient à modifier de l'intérieur la teneur même du droit. Sous cet angle, le concept de NCP ne serait plus symptomatique de la « crise » du droit mais de son « évolution ».

En effet, sous l'étude des normes constitutionnelles programmatiques se pose aussi la question essentielle de la mutation de la nature du droit. On verra que ces normes s'inscrivent dans un cadre étatique bien précis qui correspond à celui des États modernes. C'est-à-dire des États qui connaissent un changement progressif, leur place croissante les ayant mené à prendre la forme de l'État providence. Mais des États qui ont, par la suite, à la fin du XX^{ème} siècle et en raison notamment de la mondialisation, connu plusieurs crises bouleversant leurs fondements classiques⁷². Crise de la souveraineté, crise de la Nation, crise de la représentation politique... autant de facteurs qui emportent nécessairement des conséquences sur la conception du droit⁷³.

Cette mutation des missions de l'État a en effet engendré un changement du procédé normatif. Hier, limitée à la permission, à l'interdiction et à la sanction, la norme use à présent d'autres moyens que celui de la contrainte afin de s'adapter à la concrétisation de programmes en encourageant ou en favorisant. La nature du droit évoluerait donc et la norme changerait de manière corrélative. À cet égard, P. Amselek considère qu' « *il conviendrait de rompre avec nos habitudes de pensée héritées du passé et de mettre résolument nos idées en accord avec les faits : il n'est plus possible aujourd'hui d'identifier le droit seulement à un ensemble de commandements* »⁷⁴.

Le droit connaît en cela une déformalisation⁷⁵. Cette dernière se manifeste par quatre modifications des qualités formelles du droit. D'abord, par la perte de sa qualité de règle générale car il délègue la responsabilité de prendre les règles d'application. Ensuite, parce que le droit devient un simple instrument de réalisation d'un programme politique et épouse dorénavant les valeurs politiques des majorités parlementaires successives. En outre, le droit perd de sa prévisibilité car le droit de l'État providence est un droit souple, qui laisse des marges de manœuvre et d'appréciation certaines à la puissance publique et aux juges. Enfin, la déformalisation se manifeste par la perte de la cohérence du droit qui devient changeant puisqu'il

⁷² CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et Société », n° 35, 2003.

⁷³ Comme l'ont souligné les professeurs J. Rivéro et G. vedel, la Constitution d'un Etat implique la mise en œuvre d'une conception du droit. Elle est « *le reflet de structures économiques et sociales, soit qu'elle se borne à enregistrer celles qui existent, soit qu'elle les remette en cause en opérant un déplacement du pouvoir politique* ». RIVERO (J.) et VEDEL (G.), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit Social*, XXXI, 1947, p. 13.

⁷⁴ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982 p. 279 et s, spécialement p. 289.

⁷⁵ WEBER (M.), *Sociologie du droit*, traduction GROSCLAUDE (J.), PUF, 2007 cité in ROUSSEAU (D.), « L'Etat de droit est-il un état de valeurs particulières ? », *Mélanges P. Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 885. Selon l'auteur, « *Observant la prise en charge progressive par l'Etat de programmes servant des finalités politiques, Max Weber en analyse les conséquences sur le droit et pose le diagnostic de sa déformalisation* ».

a vocation à prendre en compte les aspirations de la société. Autrement dit, devenu interventionniste, le droit entrerait dans une logique d'efficacité où il va en englobant toujours plus le fait social⁷⁶.

Concernant le droit constitutionnel en particulier, cette déformalisation se manifeste notamment par le fait que « *les Constitutions contemporaines ne se limitent plus à définir un cadre constitutionnel à l'intérieur duquel le législateur peut librement développer son action. Elles contiennent ainsi des normes positives qui ordonnent au Parlement de réaliser des missions précises ou de poursuivre des fins déterminées* »⁷⁷. Dans ce contexte, la loi évolue en devenant, en quelque sorte, la « courroie » des exigences constitutionnelles. Celles-ci impliquent, en effet, l'intervention du législateur qui doit, ainsi, traduire les programmes constitutionnels dans la réalité. Or, l'imprécision des dispositions programmatiques constitutionnelles étend la marge de manœuvre du législateur qui acquiert, avec l'introduction de ce type d'énoncés dans les Textes fondamentaux, un pouvoir discrétionnaire certain dans les choix des modes, des moments et des instruments d'application de ces normes⁷⁸. Comme l'énonce Ch. Eisenmann, « *la source de la discrétionnalité, c'est l'incomplète ou imparfaite détermination de la réglementation. C'en est la source et c'en est la mesure : plus la réglementation est impérative et moins il y a de place pour la discrétionnalité, moins elle est impérative et plus le degré de discrétionnalité est grand* »⁷⁹.

La formulation programmatique du droit constitutionnel modifie donc, en la rendant plus importante, la place de la loi dans les systèmes juridiques ; le législateur étant toujours plus sollicité d'agir afin de permettre la concrétisation des programmes constitutionnels. Si bien que l'acte législatif contemporain se situe à l'opposé du modèle révolutionnaire car, à l'époque, l'intervention de la loi devait rester exceptionnelle. Au contraire, l'émergence de l'État providence a pour conséquence de lier le progrès social à l'intervention législative. Ainsi, pour G. Burdeau, la notion de loi a changé, substituant « *une conception qui fait de la loi le moteur d'une transformation incessante de l'ordre social...* » à « *l'idée originaire de la loi protectrice des situations régulièrement établies et gage de la sûreté des citoyens...* »⁸⁰. De manière plus générale, P. Amselek observe qu' « *avec l'avènement [...] de l'interventionnisme et de l'État*

⁷⁶ Sur l'idée d'efficacité du droit, voir notamment DURAN (P.), *Penser l'action publique*, LGDJ, Paris, coll. « Droit et Société », 1999. Par ailleurs, la prise en compte du fait social est notamment due au fait que l'institution parlementaire devient d'ailleurs une sorte de chambre d'enregistrement de lois préparées par des discussions entre le gouvernement et les partenaires sociaux. Ainsi, le droit issu de ces négociations répond de plus en plus aux exigences sociales.

⁷⁷ RIBES (D.), « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? », CCC, n° 9, p. 1.

⁷⁸ Voir notamment PIZZORUSSO (A.), « Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire », *AJJC*, 1986, p. 35 et s.

⁷⁹ EISENMANN (Ch.), cité in TIMSIT (G.), *Les noms de la loi*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1991, p. 123.

⁸⁰ BURDEAU (B.), « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, 1939, Vol. 9, n° 1-2, p. 7 et s, spécialement p. 48.

providence, le droit est devenu ce que l'on pourrait appeler une technique de gestion qui vise non plus seulement à maintenir le bon ordre dans la Cité, mais aussi à promouvoir le développement économique et social de la Cité »⁸¹.

Avec l'introduction de dispositions programmatiques en son sein, le droit n'a donc plus seulement pour objectif d'encadrer les comportements mais aussi d'atteindre certains buts. Il rend compte de programmes finalisés propres à l'État propulsif qui intervient sur le social et qui est régi par une logique d'efficacité. C'est-à-dire que la nécessité d'atteindre le résultat voulu légitime la mise en place de processus de négociation et la diminution des procédés contraignants. La structure du droit en sort donc modifiée⁸². Sa nouvelle complexité et son indétermination qui en résultent manifestent, en ce sens, ce que l'on a coutume maintenant de nommer, de façon discutable, la crise du droit.

Dans ce contexte de mutation du droit, au regard de ce qui précède, on comprend l'enthousiasme qui habite la doctrine face au concept de NCP qui pourrait être une des causes de cette transformation. Notamment parce que, plutôt que de considérer la portée des Constitutions comme étant amoindrie par la présence en leur sein de programmes constitutionnels, on peut, au contraire, penser que cette portée est revalorisée par une signification différente que donnent ces programmes à la notion de Constitution. Il s'agirait alors plutôt de « Constitution-directrice ». Un genre constitutionnel particulier car, en plus d'établir la structure organisationnelle de l'État, ces Constitutions modernes définissent ce que les législateurs et les gouvernants doivent faire pour concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques.

7. Plan de thèse

C'est pourquoi, la question que soulève l'approche des normes constitutionnelles programmatiques n'est plus de savoir si ces « normes » sont ou non du droit. Il s'agit plutôt de s'interroger sur l'impact que cette catégorie de normes a sur le droit. Pour cela, les facteurs

⁸¹ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDJ*, 1982, p. 279. Ainsi, s'interrogeant particulièrement sur la présence d'énoncés téléologiques dans le droit, J.-B. Auby arrive aux mêmes conclusions, considérant que « *La question des objectifs recèle bien une évolution historique. La fréquence de plus en plus grande de déclaration d'objectifs dans les textes [...] ressortit à la technologie juridique de l'Etat providence, qui, comme l'écrit Charles-Albert Morand, "consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non considérés comme aptes à provoquer des changements, dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir (...) alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique"* ». AUBY (J.-B.), « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDJ*, 1991, p. 336 et s.

⁸² CUBERTAFOND (B.), « Crise positiviste et renouveau sociologique du droit constitutionnel (d'autres droits constitutionnels) », *Politeia*, n° 7, 2005, p. 623.

d'unité auxquels répondent les normes constitutionnelles programmatiques doivent d'abord être identifiés afin de pouvoir tirer les conséquences engendrées par leur existence sur la normativité. Dans cette perspective, les occurrences d'invocation de l'expression « norme constitutionnelle programmatique » dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles italienne et française, dans celle des juridictions ordinaires de ces deux pays, ainsi que dans la doctrine, ne seront qu'une première accroche, une prémisse à notre recherche. Nous verrons effectivement que si la façon dont les Hautes instances usent de l'expression - tout comme la manière dont la doctrine fait référence à ce type de normes - peut être éclairante, elle peut aussi parfois manquer de cohérence. En fait, ces usages du concept de NCP sont en réalité sous-tendus par une « *cohérence rationnelle saisissable sans que celle-ci s'exprime nécessairement de façon immédiate* »⁸³. C'est précisément cette cohérence que nous chercherons à dévoiler.

Aucun texte ne définissant la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques, il conviendra de rechercher des lignes qui donneraient une constance à ce concept. Resté encore trop indéterminé, il s'agira pour cela de l'abstraire au mieux des classifications formelles existantes. Sur ce point, passer par une étape de déconstruction – c'est-à-dire avoir une approche des normes constitutionnelles programmatiques libre des catégories normatives auxquelles elles ont déjà été rattachées – mettra en lumière le cheminement intellectuel qui a introduit cette notion en droit constitutionnel. Dès lors, afin d'éclairer sur ce que sont les normes constitutionnelles programmatiques pour en apprécier les spécificités ainsi que leurs conséquences en droit, nous avons tenu à redéfinir le concept, à nous attacher à la « *précision du sens d'une certaine expression dans le contexte des usages effectifs* »⁸⁴ qui en sont faits en France et en Italie. C'est pourquoi notre analyse doit s'entendre comme la recherche d'une identification du concept de NCP dans le droit positif français et italien (**Première partie**).

Ce n'est qu'après cette tentative d'identification que nous pourrons tirer les conséquences en droit de l'existence des normes constitutionnelles programmatiques. Cette analyse nous fournira ainsi les instruments nécessaires pour clarifier l'usage que les juges font de ce type de normes. Tout en confirmant leur appartenance au registre juridique, l'approche positive des normes

⁸³ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, août 1998, n° spécial « Les droits fondamentaux », p. 8. L'auteur cherche ici à identifier les contours du concept « droits fondamentaux ». Il met en avant l'indétermination qui entoure l'usage de cette expression et l'absence de définition qui pourrait préciser ce que recouvrent les droits fondamentaux. Dans ce cas, il considère que pour dégager une définition de ce concept en droit, l'approche des normes juridiques du droit positif et de la hiérarchie formelle des normes qualifiées de « fondamentales » ne suffit pas. C'est pourquoi il effectue une analyse de la pratique des juges (ordinaire et constitutionnel), pour en trouver les traits constitutifs communs et le régime juridique qui font la caractéristique d'un « droit fondamental ». Dès lors, E. Picard fournit au lecteur une méthode pour identifier ce concept. Méthode que nous chercherons à appliquer à celui, tout aussi indéterminé, de norme constitutionnelle programmatique.

⁸⁴ GUASTINI (R.), « Noberto Bobbio ou de la distinction. Préface », in BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, Paris/Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 2.

constitutionnelles programmatiques révélera ainsi l'existence d'une normativité particulière **(Seconde partie)**.

PREMIERE PARTIE

L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

« Toute activité sociale, y compris l'activité juridique, ne saurait du fait qu'elle est une action orientée vers un but, être comprise sans tenir compte de la finalité ».

FREUND (J.), « Essai de définition du droit », *APD, Le droit investi par le politique*, 1971, n° 16, p. 32.

L'augmentation quantitative de la production normative rencontrée dans les systèmes juridiques contemporains a engendré le besoin de distinguer ce qui fait partie intégrante de ces systèmes de ce qui leur est extérieur. Le juriste porte donc un vif intérêt à l'identification des objets qui relèvent du droit. Cependant, dans ce contexte de multiplication des catégories normatives, l'identification des normes constitutionnelles programmatiques reste encore incertaine. Il est vrai qu'on associe fréquemment ces normes aux droits sociaux. Ce que souligne V. Champeil Desplats en rapportant non seulement qu'en « *Europe, la thèse selon laquelle les droits sociaux ne sont que des normes programmatiques [...] a longtemps prédominé* »⁸⁵, mais aussi, de manière plus générale, que « *dans la doctrine classique de tous les États, les droits sociaux ne sont pas des droits fondamentaux mais des "normes programmatiques"* »⁸⁶. Mais ce simple apport ne peut satisfaire. D'ailleurs, certains voient dans les parties institutionnelles des Constitutions modernes un autre support de normes programmatiques⁸⁷. Si bien que celles-ci ne correspondent pas

⁸⁵ CHAMPEIL DESPLATS (V.), « La justiciabilité des droits sociaux et la doctrine sud-américaine. Rapports du groupe sud-américain », *op. cit.*, p. 11.

⁸⁶ *Ibid.* p. 8.

⁸⁷ On trouve par exemple ces normes constitutionnelles programmatiques institutionnelles lorsque la Constitution met à la charge de l'Etat la réalisation de mesures démocratiques. C'est le cas de la Constitution portugaise du 2 avril 1976 qui comprend un ensemble de dispositions dont l'objectif est de mettre en place une nouvelle organisation institutionnelle afin de permettre le passage du régime autoritaire à un régime démocratique. Ainsi en est-il de l'article 9 qui prévoit « *les tâches fondamentales de l'Etat* » comme celles de « *garantir l'indépendance nationale* », de « *créer les conditions politiques économiques, sociales et culturelles qui favorisent...* », ou bien de « *défendre la démocratie politique, assurer et développer la participation démocratique des citoyens à la résolution des problèmes nationaux* ». Sur une approche du caractère programmatique des dispositions institutionnelles de la Constitution portugaise, voir HENRY-MENGUY (B.), *L'obligation de légiférer en France : la sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 260 et s. L'auteur voit dans ces normes constitutionnelles programmatiques un outil pour permettre une transition politique et démocratique des Etats comme le Portugal ou le Brésil qui ont

exclusivement aux droits sociaux et ne peuvent pas non plus être associées aux seules dispositions constitutionnelles relatives aux institutions étatiques.

Cette catégorie de normes pourrait donc rendre compte des apories qui naissent de certaines taxinomies qui s'avèrent, dès lors, inadéquates pour identifier véritablement ce que sont les normes constitutionnelles programmatiques. C'est pourquoi nous tenons à montrer que les approches *a priori* de la catégorie – les approches formelle et matérielle – restent insuffisantes car elles ne permettent pas son identification de manière satisfaisante (Titre I).

On constatera, en effet, que ce que recouvrent les normes constitutionnelles programmatiques renvoie, *prima facie*, à une multiplicité présentée comme « un » au sein d'une situation juridique. C'est-à-dire une collection de normes qui sont dénotées par un concept, celui de norme constitutionnelle programmatique. Dès lors, l'observation de l'apparition de cette catégorie dans le phénomène juridique va nous permettre de construire une seconde approche, *a posteriori* cette fois, de ce type de normes.

A posteriori et non plus *a priori*, parce que, ce n'est donc pas une identification au regard de critères préexistant à une définition, et sur lesquels cette définition se fonde, qui nous permettra de déterminer ce qu'il faut entendre par « norme constitutionnelle programmatique ». Une telle approche, bien qu'utile, ne pourra nous satisfaire pleinement, car elle peine à épuiser le concept. À cette première approche, nous choisissons alors d'ajouter celle qui consiste à déterminer les contours de la catégorie au regard de sa fonction, de sa justification sur le plan du droit comme sur celui du politique (Titre II).

connu une conquête constitutionnelle tardive.

TITRE 1

L'IDENTIFICATION FORMELLE ET MATERIELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES : DES APPROCHES INSUFFISANTES

L'identification formelle des normes constitutionnelles programmatiques se distingue de leur identification matérielle en ce que la première approche consiste à chercher à assimiler ces normes à une catégorie déjà existante dans la classification juridique traditionnelle, alors que la seconde revient à déterminer les éléments constitutifs des normes constitutionnelles programmatiques. Autrement dit, l'identification de ces normes à partir de l'approche formelle implique d'établir une correspondance entre elles et d'autres objets connus du droit. En revanche, l'identification des normes constitutionnelles programmatiques à partir de l'approche matérielle signifie que des caractéristiques qui leur sont propres pourraient être isolées.

Pour parvenir à appréhender cette catégorie de normes, on fera appel à des constructions intellectuelles faisant référence au nominalisme⁸⁸ et au conceptualisme⁸⁹. Ce qui montrera, d'une part, que formellement les classifications traditionnelles démontrent rapidement leur insuffisance (Chapitre 1) en ce qu'elles ne permettent pas d'identifier convenablement le concept de norme constitutionnelle programmatique. En ce sens, il est possible de donner des exemples de ce à quoi s'applique ce concept, mais sans jamais penser véritablement cette catégorie à partir de ce qu'elle est véritablement – dans sa composition analytique en quelque sorte. D'autre part, la démarche construisant la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques sur la base d'un conceptualisme induit nécessairement une compréhension des éléments qui structurent cette

⁸⁸ Le nominalisme est une théorie philosophique qui considère que le monde réside essentiellement dans des concepts posés par le langage, par le « nom ». Selon l'approche nominaliste, les idées ne seraient que des « noms ». En ce sens, les « normes constitutionnelles programmatiques » n'existeraient qu'à titre de *construction* entendue comme une pure convention : on ne construit pas l'idée de « NCP » à partir d'un certain nombre d'éléments, qui se combinent pour former cet objet mais le mot évoque, au contraire, une image ; il rend compte d'un concept non en compréhension mais en extension. L'approche par extension implique que le concept de NCP soit abordé au regard des éléments particuliers qui lui correspondent et auquel il renvoie. Il s'agit, en quelques sortes, d'une approche formelle du concept. C'est, par exemple, le fait d'identifier la catégorie NCP au regard des normes qui lui sont associées, comme, nous le verrons, les droits-créances.

⁸⁹ Contrairement au nominalisme et à l'étude par extension susvisée, l'approche par compréhension, approche dite conceptuelle, signifie que le concept est analysé au regard de critères constitutifs de cette catégorie. Il s'agit ici d'une approche substantielle du concept. Elle renvoie à l'ensemble des attributs qui appartiennent à un concept, par opposition à l'extension qui renvoie à l'ensemble des objets auxquels le concept s'applique.

catégorie. Or, le recours à la détermination d'un critère constitutif de ce type de normes reste tout aussi insatisfaisant (Chapitre II). L'une et l'autre de ces méthodes d'identification ne manqueront donc pas de dévoiler leurs limites.

CHAPITRE 1

LA LIMITE DE L'IDENTIFICATION FORMELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

La construction d'une grille d'identification des normes constitutionnelles programmatiques tend à montrer que cette catégorie ne dispose pas d'une nature en soi, mais que sa particularité est ailleurs que dans son « essence ». C'est d'ailleurs pourquoi les classifications élaborées afin de penser cet objet juridique restent insuffisantes. Une approche des taxinomies classiques des garanties constitutionnelles permet d'en rendre compte. En effet, il ressort des ordonnancements constitutionnels italien et français le fait qu'aucune liste exhaustive de droits et de libertés ne détermine la substance du concept de norme constitutionnelle programmatique. Celui-ci ne semble pas pouvoir s'épuiser dans une catégorie normative déjà existante. Au contraire, l'absence d'appartenance exclusive de ce type de normes à une catégorie déjà établie de garanties constitutionnelles pourrait être caractéristique de ce concept.

Plus précisément, si ces normes s'identifient au sein de l'ensemble des droits et des libertés constitutionnellement prévus (Section 1), ce n'est pas le seul cadre auquel elles peuvent être associées. En effet, objectifs de valeur constitutionnelle en France et autres normes constitutionnelles issues de l'œuvre prétorienne du juge des lois en Italie - c'est-à-dire des normes d'origine jurisprudentielle - pourraient aussi leur correspondre. Dans ce cas, les normes constitutionnelles programmatiques s'identifieraient non seulement dans les textes constitutionnels, mais aussi en dehors de ces textes (Section 2). Autant d'objets juridiques qui seraient régulièrement évoqués comme relevant de la catégorie NCP, sans toutefois permettre d'en circonscrire de manière précise les contours.

SECTION 1

L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES AU SEIN DES LIBERTÉS ET DES DROITS CONSTITUTIONNELS

D'après les travaux du constitutionnaliste italien V. Crisafulli, les normes constitutionnelles programmatiques correspondent à des normes « *commandant l'activité future du législateur, en lui prescrivant des finalités déterminées de façon plus ou moins générale* »⁹⁰. Elles fixeraient un objectif que la Nation, l'État, la République ou la loi s'engagent à atteindre. Un objectif nécessitant la mise en œuvre progressive d'une suite logique d'initiatives, plus ou moins déterminées dans le texte, et dont le sens s'accorde avec la finalité - plus ou moins précise - constitutionnellement prévue.

Sous cet angle, les droits sociaux ont un caractère programmatique car ils « *sont toujours affirmés sinon comme fondements de notre société, du moins comme buts à atteindre* »⁹¹. Ils donnent aux Constitutions la forme de « *programme social à mettre en œuvre* »⁹² en fixant des objectifs sociaux que l'État devra réaliser. Les droits sociaux s'apparentent en effet à des « droits à », contrairement aux droits civils et politiques. Cette appellation renseigne sur la nécessité d'une intervention positive de l'État pour les garantir. C'est pourquoi la doctrine s'accorde traditionnellement sur le fait que la Constitution « *présente un aspect généralement programmatique particulièrement dans ses parties sociales...* »⁹³, notamment dans ses dispositions relatives aux droits-créances⁹⁴. Pour autant, dire que les normes constitutionnelles programmatiques s'identifient exclusivement aux droits sociaux serait une erreur.

⁹⁰ CRISAFULLI (V.), cité par ESCARRAS (J.-C.), *La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève. Etude de jurisprudence*, PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1988, p. 27.

⁹¹ DEBENE (M.), « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *AJDA*, novembre 1978, p. 531 et s. spécialement p. 534.

⁹² HENRY-MENGUY (B.), *L'obligation de légiférer en France...*, *op. cit.*, p. 272 et s.

⁹³ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principi... op., cit.*, p. 33. L'auteur écrit que « *l'énumération des dispositions programmatiques relatives aux rapports sociaux est longue : article 3 alinéa 2, article 4 alinéa 1, la majeure partie des dispositions du titre II de la première partie de la Constitution (Rapports sociaux) et du titre III (Rapports économiques)* ». Si bien qu'il résulte de ces dispositions « *un véritable et propre programme d'actions (et de législations) ... ayant pour objet principal réglementation des rapports sociaux et plus généralement de l'organisation de la société et de l'Etat au sens large* ». Plus récemment, dans sa thèse consacrée à l'étude du droit de la santé en Italie, C. Bassanelli affirme en ce sens que « *les normes sur les droits sociaux ne sont rien d'autre que des normes programmatiques* ». BASSANELLI (C.), *La salute come diritto fondamentale e interesse collettivo*, Université de Rome, 2007, voir www.tesonline.it. Sur la notion de droits sociaux, voir BALDASSARRE (A.), « Diritti sociali », *Enc. Giur.*, XI, 1989.

⁹⁴ Une première génération de droits est caractérisée par l'individualisme. Ceux qu'énonce par exemple la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sont des droits individuels. C'est le cas de la liberté

Il est vrai que droits-créances et droits-libertés sont porteurs de logiques différentes. Les premiers réclament expressément une intervention positive de la part de la puissance publique. Les seconds, d'aspect négatif par définition, requièrent au contraire l'abstention de celle-ci. Les dispositions prévoyant les droits positifs apparaissent alors avec plus d'évidence comme étant prédisposées à véhiculer des normes programmatiques (1 §). Mais il serait prématuré de nier immédiatement cette aptitude aux dispositions énonçant des droits-libertés. En effet, bien que de manière plus atténuée, ces derniers correspondent aussi au concept de norme constitutionnelle programmatique (2 §).

1 § - La prédisposition des droits-créances à correspondre aux normes constitutionnelles programmatiques

Il est classiquement admis que les droits-créances possèdent un caractère programmatique⁹⁵. Ces droits ajoutent aux « droits de », qui correspondent à la logique héritée de 1789, les « droits d'avoir ». Pour F. Rangeon, les droits-créances et les droits-libertés diffèrent quant à leur statut et à leur portée car, « *contrairement aux droits libertés qui ne requièrent qu'un mécanisme juridique pour être assurés, les droits-créances impliquent une intervention active de l'État ou des services publics* »⁹⁶.

De cette manière, ce que formulent les droits-créances correspond à un programme législatif qui les traduira dans la réalité. Car ces droits « *qualifiés tantôt de droits-programmatiques tantôt de droits-créances [...] ne se suffisent pas à eux-mêmes et imposent non pas une obligation de résultats mais de moyens de la part de la puissance publique en fonction des conjonctures* »⁹⁷. Les

d'expression ou du droit de propriété. Ce sont aussi des droits-libertés. C'est-à-dire qu'ils nécessitent l'abstention de l'Etat. A côté, une seconde génération de textes prévoit des droits qui ont un aspect collectif. Par droits collectifs, on entend des droits reconnus à une personne juridique plus vaste que la personne physique, tels que la famille ou bien les syndicats. Ils visent des regroupements sociaux. Les droits qu'énoncent ces textes sont des droits-sociaux. Ce sont aussi des droits-créances lorsqu'ils impliquent une action positive de l'Etat et que leur réalisation a un coût financier. Les droits-créances sont relatifs à des prestations positives qui seraient irréalisables sans l'intervention du législateur. Celui-ci doit mettre en œuvre les instruments normatifs nécessaires pour permettre leur concrétisation (par exemple le droit à l'emploi).

⁹⁵ La Cour constitutionnelle italienne l'énonce dès sa première décision. Voir *Corte cost., sent n° 1* du 14 juin 1956, *op. cit.*

⁹⁶ RANGEON (F.), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 181. Le théoricien du droit allemand G. Jellinek estimait à ce titre que les droits-créances correspondent à des « droits de statut positif » qui, en ce sens, requièrent une action positive de la part de l'Etat, en opposition aux « droits de statut négatif » représentés par les droits-libertés.

⁹⁷ LISSOUCK (F.), « L'accès aux soins médicaux et à la protection de la santé en France. Recherches sur l'effectivité des droits de la deuxième génération », *RTD Hum*, n° 73, 2007, p. 52. Pour une approche française du caractère programmatique des droits-créances, voir FAVOREU (L.), (sous la direction de), *Droits et libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2007, p. 287. et s. Pour une analyse italienne, voir FERRAJOLI (L.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, sous la direction de VITALE (E.), Bari Rome, Laterza, 2002, p. 26

droits-créances, en tant qu'expression d'une tension vers un objectif à atteindre, révèlent, dès lors, leur aspect programmatique. Ce que la Cour constitutionnelle italienne confirme lorsqu'elle énonce qu' « à l'instar de tout autre droit constitutionnel de prestation positive, le droit aux traitements sanitaires (est) basé sur des normes programmatiques qui imposent au législateur une obligation constitutionnelle de concrétisation de la protection de la santé »⁹⁸.

Quelle que soit la définition que la doctrine a pu apporter des droits-créances, invariablement, c'est l'idée d'une dette positive de la puissance publique qui donne sa cohérence à cette notion. G. Burdeau considère ainsi cette catégorie comme « la prétention légitime à obtenir [de la puissance publique] les interventions requises pour que soit possible l'exercice de la liberté »⁹⁹. De la même manière, les droits-créances de la Constitution italienne sont « considérés comme des droits du citoyen à obtenir une prestation positive de l'État qui est tenu d'organiser des services pour rendre ces droits effectifs »¹⁰⁰ -.

L'intervention du législateur doit ainsi rendre accessible un bien ou un service aux individus afin de rendre effective la norme constitutionnelle programmatique.

En France, la reconnaissance de ces garanties trouve sa consécration, par le juge constitutionnel, avec le droit à la protection de la santé¹⁰¹ et à la protection sociale¹⁰² qu'il tire de l'alinéa 11 du

et s. et p. 156 et s. Cité in GUASTINI (R.), « Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica », *Diritto e questioni pubbliche*, 2004, n° 4, p. 81 et s., www.dirittoquestionipubbliche.org.

⁹⁸ Corte cost., sent. n° 304 des 6 et 15 juillet 1994, *Giur. Cost.*, p. 2606. Voir dans le même sens, Corte cost., sent. n° 455 du 16 octobre 1990, *Giur. cost.*, p. 2732 ; Corte cost., sent. n° 218 du 2 juin 1994, *Giur. cost.*, p. 1812 ; Corte cost., sent., n° 247 du 3 juin 1992, *Giur. Cost.*, p. 1900 ; Corte const., sent n° 40 du 31 janvier 1991, *Giur. Cost.*, p. 274 ; Corte cost., sent. n° 175 du 10 novembre 1982, *Giur. Cost.*, p. 1981.

⁹⁹ BURDEAU (G.), *Les libertés publiques*, LGDJ, 1961, p. 21. Pour R. Pelloux, ces dispositions octroient « à l'individu le droit d'exiger certaines prestations de la part de la société ou de l'Etat : par exemple le droit au travail, droit à l'instruction, droit à l'assistance ». PELLOUX (R.), « Vrais et faux droits de l'homme, problème de définition et de classification », *RD Publ.*, 1981, p. 54. Enfin, pour F. RANGEON, ce sont des « prérogatives que l'individu peut faire valoir auprès des pouvoirs publics, les "droits à" », RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 169.

¹⁰⁰ DE VERGOTTINI (G.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne. Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 563. Davantage encore que les autres droits constitutionnels, les droits-créances appellent à ce que la puissance publique détermine non seulement les modalités concrètes de son application, mais aussi en particulier, les « règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini » par la norme. TERNEYRE (PH.), « Principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps », *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction de DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), PUF, 1992, p. 317. En cela, ils correspondent à des droits d'exiger. Ils renvoient à l'idée de nécessité : celle d'une formation, celle d'une rémunération juste, celle du bénéfice d'une protection sociale ou encore celle de travailler. D'ailleurs, on peut penser que la Constitution italienne prévoit cette faculté d'exiger inhérente aux « droits à... ». En effet, en mettant à la charge de la République la tâche « d'écarter les obstacles d'ordre économique et social... », l'article 3 de la Charte « indique la voie pour surmonter les difficultés et passer de la proclamation abstraite des droits à leur réalisation concrète ». La Cour constitutionnelle italienne l'énonce dès sa première décision. Corte cost., sent n° 1 du 14 juin 1956, *op. cit.* De cette manière, le constituant paraît accorder au justiciable la faculté d'exiger de la République la mise en œuvre d'un dispositif permettant l'accès réel au bien envisagé par la norme.

¹⁰¹ Aux termes de l'alinéa 11 du Préambule, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans

Préambule de la Constitution de 1946. Le législateur va donc pouvoir mettre en œuvre le programme social prévu par cette norme constitutionnelle et transcrire sa finalité dans la réalité en mettant en place des dispositifs spécifiques. C'est par exemple le cas, en matière de perte d'emploi, de l'assurance chômage que gère l'Union Nationale Interprofessionnelle pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce et que mettent en œuvre les Pôles emploi¹⁰³ qui, en outre, procurent aux intéressés une aide au retour à l'emploi. Ce que l'on retrouve aussi en Italie où l'indemnisation des chômeurs est assurée par le service de l'*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale* (INPS) qui sert l'ensemble des prestations de sécurité sociale.

Il en va de même pour le droit à l'instruction tiré de l'alinéa 13 du Préambule de 1946¹⁰⁴. Celui-ci consacre un véritable service public constitutionnel à travers l'exigence d'organiser l'enseignement public ou d'aider l'enseignement privé. C'est d'ailleurs l'unique service public dont l'institution est prévue, pour tous, par la Constitution. Dans sa décision du 11 juillet 2001, le Conseil constitutionnel rappelle au législateur cette exigence qui tient à la réalisation de ce service accessible à chacun¹⁰⁵. Afin de mettre en œuvre ce programme et de réaliser cette prestation, le législateur est intervenu successivement pour organiser l'enseignement primaire¹⁰⁶, l'enseignement secondaire¹⁰⁷ ainsi que l'enseignement supérieur¹⁰⁸.

l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Le juge constitutionnel reconnaît cette norme comme faisant partie du droit positif dans sa décision IVG dans laquelle il considère que la loi mise en cause ne méconnaît pas « le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé » Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, IVG, Rec., p. 19.

¹⁰² Cons. const., n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Amendement Séguin, Rec. p. 13. Le Conseil énonce « qu'il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application ; qu'il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule... ». Même si la protection sociale n'est pas expressément prévue par la disposition du Préambule, il est admis que le champ d'application de l'alinéa 11 couvre cette prestation tout comme il couvre l'aide sociale. FAVOREU (L.), (sous la direction de), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 296. Voir Cons. const., décision, n° 93-325 du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. p. 224 ; Cons. const., n° 93-330 DC du 29 janvier 1993, Loi de finance pour 1994, Rec. p. 572, Cons. const., n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Fonds de pension, Rec. p. 31, Cons. const., n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, CMU, Rec. p. 100, Cons. const., n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, Allocation personnalisée d'autonomie, Rec. p. 89.

¹⁰³ Auparavant, il revenait aux Associations pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce (ASSEDIC) de mettre en œuvre l'assurance chômage. La loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi a entériné la fusion, au 1^{er} janvier 2009, des Assédic et de l'agence nationale pour l'emploi (ANPE) dans un nouvel organisme appelé Pôle emploi

¹⁰⁴ « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat ».

¹⁰⁵ Cons. const., n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, Loi portant DDOS, Rec., p. 82. Le Conseil constitutionnel juge constitutionnelle la loi instituant des modalités particulières d'accès à l'Institut d'études politiques de Paris, sous réserve que ces modalités se fondent « sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ». (Voir cons. n° 33).

¹⁰⁶ C'est le cas de la loi Debré du 31 décembre 1959. Elle instaure un système de contrats d'aides entre l'État et les écoles privées qui le souhaitent.

¹⁰⁷ C'est le cas de la loi Haby du 11 juillet 1975. Elle prévoit la mise en place d'un Collège pour tous.

Comme en France, l'organisation de l'enseignement en Italie est un service public, *l'istruzione pubblica*. Elle fut l'une des premières préoccupations de l'État qui devait mettre en place l'accès à cette prestation publique et obligatoire¹⁰⁹. Ainsi, le législateur a par exemple élevé la durée obligatoire de la scolarité de deux ans, la faisant passer de l'âge de six à quatorze ans à l'âge de six à seize ans¹¹⁰. Toujours dans l'objectif de réaliser la norme constitutionnelle programmatique relative à l'instruction, le législateur a réformé l'examen de fin d'études secondaires¹¹¹ ainsi que le cycle de l'enseignement public italien afin que les élèves puissent achever leurs études à l'âge de dix-huit ans¹¹². En France, comme en Italie, l'instruction est devenue une prestation accessible à tous qui, par conséquent, ne peut être l'apanage de quelques-uns.

Les normes constitutionnelles programmatiques impliquent la mise en œuvre de politiques publiques. Ainsi, en prévoyant que « *la Nation garantit à tous la protection de la santé* », l'alinéa 11 du Préambule de 1946 permet de fonder une politique de protection de la santé publique. Ce que manifeste la décision *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* rendue par le Conseil constitutionnel le 8 janvier 1991¹¹³. Cette lecture du droit à la santé interprété en droit à la santé publique est expressément prévue par la Constitution italienne, dont l'article 32 alinéa 1 énonce que « *la République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité [...]* ». Cette disposition a une portée très large, posant une obligation pour les pouvoirs publics de réaliser de manière générale un contexte social favorable à l'épanouissement de la santé de tous¹¹⁴.

Plus que toutes autres normes, celles qui sont relatives au droit à l'emploi en France et au droit au travail en Italie illustrent parfaitement les garanties qui renvoient aux normes constitutionnelles programmatiques. Cette norme trouve, dans notre pays, son fondement dans l'alinéa 5 du

¹⁰⁸ C'est le cas de la loi Savary du 26 janvier 1984. Elle crée notamment la notion de « service public de l'enseignement supérieur ».

¹⁰⁹ Aux termes des articles 33 et 34 de la Constitution italienne, « ...*La République fixe les règles générales concernant l'instruction et crée des écoles publiques pour tous les ordres et tous les degrés...* » et « *L'enseignement est ouvert à tous. L'instruction élémentaire, donnée durant au moins huit ans, est obligatoire et gratuite. Les élèves doués et méritants, même s'ils sont dépourvus de moyens financiers, ont le droit d'atteindre les degrés les plus élevés des études. La République rend ce droit effectif par des bourses d'études, des allocations aux familles et par d'autres moyens, qui doivent être attribués par concours* ».

¹¹⁰ Loi 9/99 du 20 janvier 1999, portant dispositions pour l'élévation de la durée de l'instruction obligatoire.

¹¹¹ Loi 425/97 du 10 décembre 1997, portant dispositions pour la réforme des examens d'Etat à la fin des études de l'enseignement secondaire supérieur, *Gaz. Uff.*, Roma, n° 289 du 12 décembre 1997.

¹¹² Loi cadre 30/00 du 10 février 2000 sur la réorganisation du cycle de l'instruction en supprimant la *Scuola media*, *Gazz. Uff.*, Roma, n° 44 du 23 février 2000.

¹¹³ Cons. const, décision du 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, *Rec.*, p. 11. Il s'agissait de la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. La dernière révision de cette loi est en date du 19 mai 2011. Devant apprécier la constitutionnalité de mesures législatives interdisant ou restreignant la publicité en faveur du tabac et de l'alcool, le Conseil juge que ces dispositions sont « *destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la protection de la santé* ».

¹¹⁴ *Corte cost.*, sent. n° 185 du 20 mai 1998, *Giur. Cost.*, p. 1510.

Préambule de 1946 et a été reconnue par le Conseil constitutionnel comme norme de référence pour fonder des politiques en vue de favoriser le niveau d'emploi le plus élevé possible¹¹⁵. Devant se prononcer sur la constitutionnalité d'une mesure législative prise afin de lutter contre le chômage, le juge constitutionnel souligne, en effet, que « *le législateur a entendu, dans le contexte actuel du marché du travail, s'inscrire dans le cadre du 5^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »¹¹⁶. Sur le fondement de cette norme constitutionnelle programmatique, c'est par exemple une politique de partage du travail¹¹⁷ ou de réglementation du licenciement pour motif économique¹¹⁸ qui a été érigée. Évidemment, il n'est pas question, ici, d'attendre de la puissance publique une prestation matérielle. Cette norme n'appelle pas de mesure législative rendant exigible un bien qui serait « l'emploi ». Ce qui serait impossible¹¹⁹. Il s'agit de poursuivre une politique sociale dans le but de favoriser l'accès à l'emploi pour tous. Cette perspective a d'ailleurs été confirmée par le Conseil constitutionnel qui précise, en ce sens, que le législateur doit « *poser des règles propres à assurer au mieux [...] le droit pour chacun d'obtenir un emploi, tout en ouvrant le bénéfice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés* »¹²⁰.

Il en va de même en Italie où la Cour constitutionnelle utilise effectivement la norme constitutionnelle programmatique relative au droit au travail comme fondement à l'exigence selon laquelle le législateur doit s'efforcer de favoriser au mieux l'emploi¹²¹. Elle justifie, de ce fait, la détermination d'une politique de l'emploi. En ce sens, « *l'article 4 de la Constitution, en sa partie qui fait référence au "droit au travail", pose une valeur constitutionnelle fondamentale qui [...] contient un programme et un engagement constitutionnel qui obligent le législateur et les autres pouvoirs publics à mettre en œuvre une politique économique apte à favoriser l'emploi* »¹²². Toutefois, la Cour précise aussi que « *le principe de protection du droit au travail est sujet aux limites imposées par la poursuite des fins sociales à caractère général* »¹²³. C'est d'ailleurs sur la base de cette disposition que s'inscrit la politique « anti-cumul » menée par le législateur. Pour la poursuite d'une finalité économique et sociale visant à promouvoir à la fois l'emploi et le bénéfice de prestations de retraite, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur le fait de prolonger le

¹¹⁵ SCHOETL (J.-E.), note sous Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Réduction du temps de travail I*, AJDA, 1998, p. 495.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JO n° 136 du 14 juin 1998 p. 9029.

¹¹⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO n° 15 du 18 janvier 2002, p. 1008.

¹¹⁹ L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est en ce sens « *qu'un énoncé exigeant quelque chose d'impossible* ». PFERSMANN (O.) dans FAVOREU (L.) et autres, *Droit des libertés fondamentales*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007.

¹²⁰ Cons. const., décision n° 98-401 DC, précitée.

¹²¹ *Corte cost., sent.* n° 3 du 16 janvier 1957, *Giur. cost.*, p. 11 et *Corte cost., sent.* n° 45 du 9 juin 1965, *Giur. cost.*, p. 655.

¹²² BALASSARRE (A.), « *Diritti sociali* », *op. cit.*, p. 15.

¹²³ *Corte cost., sent.* n° 16 du 28 mars 1968, *Giur. cost.*, p. 369.

contrat de travail des travailleurs en âge de prétendre à la retraite. Elle a ainsi jugé que « *la jouissance d'une retraite peut fonder une justification raisonnable à la cessation du contrat de travail ou au refus d'autres traitements de prévoyance, sans qu'en résulte une violation de l'article 38 alinéa 2 de la Constitution* »¹²⁴.

Le droit-créance est donc le fondement d'une prestation ou d'une politique publique. L'évidence de l'identification de son caractère programmatique tient dans le fait que, par définition, ce type de droits implique l'intervention positive de l'État. Mais que les droits-créances soient prédisposés à correspondre au concept de norme constitutionnelle programmatique n'implique pas forcément que seuls ces droits peuvent renvoyer à ce type de normes. L'intervention de la puissance publique n'est pas spécifique aux droits-créances et s'étend aussi aux droits-libertés de telle sorte que, même si ce n'est que de manière atténuée, ces garanties constitutionnelles peuvent elles aussi correspondre à ce concept.

2 § - La prédisposition atténuée des droits- libertés à correspondre aux normes constitutionnelles programmatiques

A côté des normes constitutionnelles programmatiques que l'on associe aux droits-créances, il existe d'autres normes constitutionnelles qui doivent, elles aussi, être identifiées comme étant programmatiques. Il s'agit de celles qui, en principe, réclament non plus l'action positive mais l'abstention de la puissance publique. C'est-à-dire des normes portant sur des garanties qui se conçoivent sur le modèle des droits-libertés.

Il est vrai que faire correspondre le concept de norme constitutionnelle programmatique aux droits-créances ainsi qu'aux droits-libertés pourrait de prime abord surprendre. L'une et l'autre de ces catégories de droits suivent une logique opposée qui implique, dans un cas l'action, dans l'autre l'abstention de l'État. Cependant, tirée de la classification classique des droits constitutionnels, la distinction qui oppose la catégorie des droits-créances à celle des droits-libertés pourrait être en quelque sorte remise en cause. Comme le soulignent C.-A. Colliard et R. Letteron, cette distinction manque de caractère opératoire puisque « *les libertés négatives ne se traduisent jamais par une totale abstention de l'État qui doit au moins définir les conditions de leur exercice* »¹²⁵. Au contraire, « *pour la plupart de ces droits fondamentaux [droits classiques] l'on trouve une articulation entre les interdictions d'agir et des obligations de prestations parfois très importantes. À l'inverse, la concrétisation de droits considérés comme de purs droits à des*

¹²⁴ *Corte cost., sent. n° 700 du 3 juin 1988, Giur. cost., p. 3211.*

¹²⁵ COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, 2005 p. 159 cité in GRUDDLER (T.), « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », p. 3, in *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr>.

prestations peut fort bien comprendre des interdictions »¹²⁶. Par conséquent, l'intervention positive de l'État ne pourrait plus être avancée comme la spécificité des droits-créances, les droits-libertés nécessitant eux aussi cette intervention. Ne serait-ce que pour réglementer leur exercice qui peut reposer sur la création de services publics voués à accorder des prestations, à l'instar des « droits-à ».

L'alinéa 5 du Préambule de la Constitution française prévoit un droit-créance sur la base duquel s'inscrivent les politiques publiques de l'emploi. Mais cette disposition fait aussi l'objet d'une seconde lecture qui, cette fois, met en lumière la liberté du travail. Le Conseil constitutionnel a reconnu cette liberté à partir de cet alinéa¹²⁷. En outre, à l'occasion de la décision n° 85-200 DC, les députés qui avaient saisi le juge de la rue de Montpensier faisaient valoir que la disposition législative mise en cause portait une « atteinte à la liberté du travail »¹²⁸. Celle-ci s'entend comme la liberté pour chaque individu d'entreprendre, d'exercer ou de refuser une activité professionnelle. Toutefois, elle n'emporte que peu d'effets et reste « dérisoire si celui qui veut travailler ne trouve pas à s'employer »¹²⁹. De ce fait, la liberté du travail ne se suffit pas à elle-même pour être effective. Bien que liberté, elle requiert une intervention positive extérieure. Elle nécessite un dispositif favorisant l'accès à un travail afin, ensuite, de l'exercer librement. Dans cette perspective, la liberté du travail et le droit à l'emploi renvoient à des normes qui revêtent un caractère programmatique plus ou moins affirmé.

De même, l'article 4 de la Constitution italienne prévoit le droit au travail qui, on le sait, est un droit-créance. Dès ses premières décisions, la Cour constitutionnelle interprète cet article comme correspondant à une norme devant « recevoir les conditions qui rendent effectif »¹³⁰ le droit au travail. Plus précisément, il faut comprendre cette norme comme une norme qui « constitue une invitation faite au législateur à ce que soit favorisé le meilleur emploi »¹³¹. En ce sens, il appartient à l'État de créer les conditions essentielles à la réalisation effective du droit au travail. Cela passe par l'orientation de l'activité des pouvoirs publics - notamment celle du législateur -

¹²⁶ ROUX (A.) in FAVOREU (L.), *op. cit.*, p. 137.

¹²⁷ La liberté du travail vise, en effet, la protection du travailleur à l'occasion de l'exercice de son activité, c'est à dire sa liberté personnelle. C'est dans ce sens que le Conseil constitutionnel interprète l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution lorsqu'il juge que la loi, qui tend à amnistier des salariés protégés licenciés pour faute lourde : « risque [...] d'affecter la liberté personnelle de l'employeur et des salariés de l'entreprise en leur imposant la fréquentation sur les lieux de travail, des auteurs d'actes dont ils ont été victimes ». Cons. Const. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, Rec. p. 119, *AIJC*, 1988, p. 392 et p. 405, chron. GENEVOIS (B.); *RDP*, 1989, p. 399, note FAVOREU (L.).

¹²⁸ Cons. const., décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Rec. p. 9, *RDP*, 1986, p. 395, note FAVOREU (L.).

¹²⁹ SAVATIER (J.), « Liberté du travail », *Rep. Dalloz, Travail*, 31 août 1991, cité in DARDALHON (L.), « Droit constitutionnel et droit social », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 755 et s.

¹³⁰ *Corte Cost. sent.* n° 3 du 16 janvier 1957, *op. cit.*

¹³¹ *Ibid.* Dans la seconde partie de nos travaux, nous aborderons la question tenant à savoir si les normes constitutionnelles programmatiques se contentent d'inviter le législateur à agir ou bien si elle l'oblige.

vers la création des conditions économiques, sociales et juridiques qui permettent l'emploi de tous les citoyens aptes au travail¹³².

Pour autant, la Cour, faisant une seconde lecture de cette disposition, reconnaît que l'article 4 ne correspond pas seulement à un droit-créance ; il est également le fondement de la liberté de choisir et d'exercer son activité professionnelle. Elle déclare, en effet, que « *de la complexité du contexte du premier alinéa de l'article 4 de la Constitution, il résulte que le droit au travail, reconnu à chaque individu, est à considérer comme un droit fondamental de liberté de la personne humaine, qui s'extériorise dans le choix et la manière d'exercer l'activité de travail* »¹³³. Ainsi, tout comme son homologue Français, le juge constitutionnel italien déduit une liberté de la disposition constitutionnelle relative au droit au travail. Il ne s'agit plus de voir en elle un objet positif consistant à promouvoir le travail ; cette première lecture renvoyant incontestablement au caractère programmatique de la norme¹³⁴. Au contraire, il s'agit de voir dans cette disposition un objet négatif, qui consiste en l'abstention de toute interférence dans le choix, dans la manière d'exercer et dans le déroulement de l'activité de travail¹³⁵. Pourtant, dans les faits, celle-ci implique l'absence d'obstacle pour intégrer un secteur d'activité, selon les capacités et le choix de l'intéressé. Par extension, cette absence d'obstacle commande nécessairement une action positive de la part de l'État afin de rendre effective la liberté d'accès à un travail.

Le raisonnement est sensiblement le même en matière de liberté d'expression. Selon la Cour constitutionnelle italienne, « *la presse, considérée en tant qu'instrument essentiel de cette liberté, doit être sauvegardée contre toute menace ou contrainte, directe ou indirecte* »¹³⁶. C'est une des raisons pour lesquelles la doctrine a estimé que l'article 21 de la Constitution italienne relatif à la liberté de la presse est le support d'une norme qui est « *aussi programmatique, en ce que le principe général de la liberté de manifester sa pensée et le principe selon lequel l'expression ne peut pas être assujettie à des autorisations ou à la censure, apparaissent... comme liant le*

¹³² Corte Cost. sent. n° 45 du 9 juin 1965, *op. cit.*

¹³³ *Ibid.* Voir aussi Corte cost. sent. n° 81 du 14 avril 1969, *Giur. cost.*, p. 1150 ; Corte cost., sent. n° 41 du 4 mars 1971, *Giur. cost.*, p. 499.

¹³⁴ La Cour constitutionnelle a reconnu que l'article 4 de la Constitution est porteur d'une norme programmatique dont la réalisation revient au législateur ordinaire. Voir Corte Cost. sent. n° 61 du 6 juillet 1965 *Giur. cost.*, p. 765 ; Corte cost. sent. n° 103 du 2 juin 1977, *Giur. cost.*, p. 777. Autrement dit, « *l'article 4 de la Constitution, dans la partie qui se réfère au droit au travail, pose une valeur constitutionnelle fondamentale, qui [...] contient un programme et un engagement constitutionnels qui lient le législateur et les autres pouvoirs publics pour mettre en œuvre une politique économique [...]* », BALDASSARRE (A.), « *Diritti sociali* », *op. cit.*, p. 15.

¹³⁵ APOSTOLI (A.), *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milan, Giuffrè, 2005, p. 76 et s.

¹³⁶ Corte cost., sent. n° 172 du 12 décembre 1972, *Giur. cost.*, p. 2092.

législateur futur »¹³⁷. Autrement dit, en tant que libertés, la liberté d'expression et la liberté de manifester sa pensée appellent bien l'abstention de toute entrave de la part de la puissance publique. Cependant, concrètement, l'exercice de ces libertés nécessite une intervention positive de l'État qui doit en garantir l'effectivité. C'est pourquoi l'article 21 est considéré comme étant « aussi » programmatique¹³⁸.

Par conséquent, le cloisonnement de la catégorie « norme constitutionnelle programmatique » aux seuls droits-créances mérite d'être remis en cause¹³⁹. L'appartenance de la norme constitutionnelle au registre des droits-libertés ne doit pas systématiquement conduire à récuser son caractère programmatique. Ce que confirme la Cour constitutionnelle italienne dès sa première décision dans laquelle elle fait une lecture particulière de l'article 21 de la Constitution. Dans un contexte où il était question de redonner ses lettres de noblesse à la liberté après deux décennies de fascisme, les Constituants avaient tenu à protéger la liberté de la presse, qu'ils considéraient alors comme la clé de voûte du nouvel État démocratique. Toutefois, la liberté de la presse allait s'entendre strictement, limitée à la liberté de produire des textes de presse sans censure. Aussi, lorsque le premier des cinq alinéas de l'article 21 consacre la liberté d'exprimer son opinion par la parole, l'écriture et autres moyens de diffusion, ce n'est que par une formulation générale et imprécise qui implique une intervention positive pour en organiser l'exercice¹⁴⁰. Dans ces conditions, alors que la Cour avait à juger la constitutionnalité de l'article 113 du Texte unique de Sécurité publique subordonnant l'affichage à une autorisation de la puissance publique, il est attribué à la liberté d'exprimer son opinion un caractère programmatique¹⁴¹. Afin que la requête soit rejetée et que la disposition litigieuse ne fasse pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, l'avocat général soutenait en effet qu'« *au regard de la législation antérieure à la Constitution, il n'y a pas lieu à un jugement de constitutionnalité, parce que [...] les règles constitutionnelles de caractère programmatique n'emportent l'inconstitutionnalité d'aucune des lois en vigueur antérieurement à la Constitution* ». La Cour reconnaît pourtant sa compétence pour juger la

¹³⁷ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan, Giuffrè, 1952, p. 103. Le rapprochement des « normes constitutionnelles programmatiques » et des « principes » fera l'objet de développements spécifiques au cours de cette première partie.

¹³⁸ En vérité, comme le souligne J.-J. Pardini, si « *les droits sociaux dépendent, dans la réalité concrète, de l'organisation de l'Etat, [...] ce n'est que pure illusion de penser que la même chose n'est pas vraie pour les droits libertés* ». PARDINI (J.-J.), « Principe de gradualité et droit sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie », *Droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droits européens*, GAY (L.) et MAZUYER (E.), (sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 72, citant MAZZIOTTI (M.), « Diritti sociali », in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 802 et s. On le voit notamment, pour ne citer qu'un exemple, avec la liberté de manifester sa pensée qui perd sa signification en cas d'absence d'organisation positive des moyens nécessaires à l'expression de la pensée.

¹³⁹ A cet égard, A. Baldassarre conteste l'opinion qui domine dans la doctrine suivant laquelle aux normes constitutionnelles programmatiques correspondent *nécessairement*, des droits sociaux. *Ibid*, p. 30.

¹⁴⁰ Aux termes de l'article 21 de la Constitution italienne, « *Tout individu a le droit de manifester librement sa pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion* ».

¹⁴¹ *Corte cost.*, sent. n° 1 du 14 juin 1956, *op. cit.*

constitutionnalité d'une loi antérieure à la Constitution¹⁴², puis déclare inconstitutionnelle la disposition mise en cause. Autrement dit, elle considère que l'argument soulevé par l'avocat général et tiré du caractère programmatique de l'article 21 n'est pas de nature à empêcher cette juridiction de contrôler la constitutionnalité d'une disposition litigieuse. Peu de temps après, le juge constitutionnel a clairement confirmé que la liberté de la presse revêt un caractère programmatique, considérant que « *cette norme [l'article 21] est de nature programmatique et non prescriptive [...], elle lie le pouvoir législatif* »¹⁴³ pour la concrétiser.

Une liberté peut donc bien correspondre à une norme constitutionnelle programmatique. Dès lors, le caractère programmatique ne doit pas être réservé aux seuls droits-créances puisque des droits-libertés peuvent eux aussi renvoyer à cette catégorie de normes. Il nous semble plutôt que la question ne se pose pas en termes d'identification du caractère programmatique de la norme, mais plutôt en termes de ce que l'on pourrait présenter comme l'intensité de la « *programmaticité* » de la norme. Puisque, comme nous l'avons vu précédemment, les droits-créances ont par nature un caractère programmatique, ils rendent compte de normes constitutionnelles à la programmaticité forte. Le caractère programmatique des droits-créances est, en effet, évident car nous savons maintenant que ces droits posent un programme social que l'État doit réaliser. En revanche, la teneur du caractère programmatique que possèdent les droits-libertés est moindre. Elle n'est pas inexistante mais plus faible que celle des droits-créances. On a vu que cette seconde catégorie de droits n'est pas directement programmatique en ce sens qu'elle appelle initialement, suivant la logique des Droits de l'homme, l'abstention de l'État. Ils visent en cela des libertés négatives. Mais ces libertés n'impliquent pas un retrait total de la puissance publique. Celle-ci doit au moins déterminer les conditions de leur exercice. L'État doit permettre que les bénéficiaires de ces droits-libertés puissent réellement les exercer. Dans cette mesure, cette seconde catégorie de droits peut elle aussi être associée aux normes constitutionnelles programmatiques, même si leur caractère programmatique n'est alors reconnu qu'indirectement. Dans ce cas, les droits-libertés sont associés à des normes constitutionnelles à la programmaticité plus faible.

Il résulte de ce qui précède que la catégorie des droits-créances ne suffit pas à épuiser le concept de norme constitutionnelle programmatique puisque ces normes peuvent aussi être associées à la catégorie des droits-libertés. Contrairement à ce que pouvait laisser croire une partie de la

¹⁴² Plus avant dans nos propos, nous consacrerons des développements spécifiques à l'impact de cette décision sur le contentieux constitutionnel. Il s'agira notamment de mettre en lumière le fait que si la norme programmatique peut servir de fondement au contrôle de constitutionnalité, elle ne permet pas l'abrogation de la loi préexistante à la Constitution.

¹⁴³ *Corte cost., sent. n° 8 du 2 juillet 1956, Giur. cost.*, p. 602.

doctrine¹⁴⁴, ce concept ne correspond donc pas seulement aux droits-créances mais recouvre l'ensemble des catégories normatives présentes dans le texte des Constitutions. Dès lors, la classification traditionnellement utilisée dans les systèmes juridiques et qui oppose les droits-créances aux droits-libertés dévoile ses limites pour identifier ce qu'est la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. L'approche des différentes catégories de droits prévus par les textes constitutionnels démontre donc l'insuffisance de la méthode formelle d'identification du concept. Par ailleurs, les limites de cette méthode se retrouvent au-delà des classifications de droits textuellement garantis, puisqu'on l'observe aussi à travers certaines normes constitutionnelles d'origine jurisprudentielle.

¹⁴⁴ La doctrine a, en effet, pu donner l'impression d'assimiler les normes constitutionnelles identifiées comme étant programmatiques aux droits-créances. Ce qui pouvait faire présumer que seuls ces derniers correspondaient aux normes constitutionnelles programmatiques. Par exemple, le constitutionnaliste italien V. Crisafulli précisait que ces normes se retrouvent dans la partie sociale de la Constitution italienne. CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principi... op., cit.*, p. 33. De même C. Bassanelli qualifie les normes relatives aux droits sociaux de norme constitutionnelle programmatique. BASSANELLI (C.), *La salute come diritto fondamentale e interesse collettivo, op. cit.* En France, même si l'expression reste peu utilisée, sous la plume de F. Lissouck, droits-créances et « norme constitutionnelle programmatique » semblent être des synonymes lorsque l'auteur souligne que ces droits sont « *qualifiés tantôt de droits-programmatiques tantôt de droits-créances* ». LISSOUCK (F.), « L'accès aux soins médicaux et à la protection de la santé en France. Recherches sur l'effectivité des droits de la deuxième génération », *op. cit.*, p. 52.

SECTION 2

L'IDENTIFICATION DE NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES AU SEIN DES NORMES CONSTITUTIONNELLES JURISPRUDENTIELLES

À côté des garanties constitutionnelles inscrites dans les dispositions des Textes fondamentaux, d'autres garanties, cette fois issues de l'interprétation prétorienne des juges constitutionnels français et italien, correspondent à la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. C'est le cas des objectifs de valeur constitutionnelle identifiés par le Conseil constitutionnel français ainsi que des garanties constitutionnelles tirées de l'interprétation de l'article 2 de la Constitution italienne.

Présents dans l'horizon normatif français depuis leur première identification en 1982 par le Conseil constitutionnel¹⁴⁵, les objectifs de valeur constitutionnelle correspondent à des normes constitutionnelles issues de ramifications jurisprudentielles. Or, parce qu'elles fixent un objectif, ces normes constitutionnelles d'un genre particulier peuvent être identifiées comme étant programmatiques. Les objectifs de valeur constitutionnelle s'intègrent alors dans l'approche que nous faisons de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques (1 §).

Ces normes ne correspondent donc pas exclusivement à celles issues directement des textes fondamentaux. En ce sens, elles ne s'épuisent pas dans les droits-créances, ni dans les droits-libertés puisqu'elles existent aussi au-delà des Constitutions. Ce constat paraît d'autant plus vrai que la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle découverte en France sous une forme prétorienne, trouve son pendant en Italie sous une forme juridique relativement proche (2 §). Or, là encore, ces normes constitutionnelles d'origine jurisprudentielle s'identifient comme étant des normes constitutionnelles programmatiques.

1 § - L'objectif de valeur constitutionnelle, objet juridique inclus dans la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques

L'objectif de valeur constitutionnelle semble légitimement pouvoir être intégré dans l'analyse qui, par extension, contribue à déterminer les limites de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. Ce qui signifierait que ce concept ne recouvre pas seulement les droits inscrits

¹⁴⁵ La notion d'objectif de valeur constitutionnelle est apparue pour la première fois dans la décision en date du 27 juillet 1982 à propos d'une loi relative à la communication audiovisuelle. Cons. const., décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48.

dans le texte des Constitutions. La notion d'objectif de valeur constitutionnelle¹⁴⁶ est apparue en France au début des années quatre-vingt. Rapidement critiquée du fait de l'obscurité qui l'entoure¹⁴⁷, de son indétermination, elle n'en demeure pas moins toujours d'usage aujourd'hui. La première apparition de ces objectifs date de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982¹⁴⁸ portant sur la loi relative à la communication audiovisuelle. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a identifié trois objectifs de valeur constitutionnelle : celui de la sauvegarde de l'ordre public, celui du respect de la liberté d'autrui et celui de la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels. Aujourd'hui encore, le juge constitutionnel utilise cette notion. On le voit, par exemple, dans la décision n° 2008-567 DC en date du 24 juillet 2008¹⁴⁹, où il précise « *qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Sur cette question, voir FAURE (B.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 1995, p. 47-77 ; GAY (L.), « "L'effet cliquet" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », 4ème congrès français de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, 10-12 juin 1999, Volume 2 Ateliers 6, 1999, p. 24 ; LEVADE (A.), « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable. », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 687, DE MONTALIVET (P.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Thèse sous la direction de VERPEAUX (M.), Panthéon-Assas, Paris II, 2004, p. 695 ; LUCHAIRE (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 675 et s ; DE MONTALIVET (P.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *CCC*, n° 20, 2006, p. 169 et s.

¹⁴⁷ Les incertitudes tiennent notamment à l'identification de la liste des objectifs de valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a reconnu cette qualité à certaines normes déterminées, mais la liste semble pouvoir rester ouverte. Sont ainsi explicitement des objectifs de valeur constitutionnelle : la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la prévention d'atteinte à l'intégrité des personnes, la préservation du pluralisme des courants d'expression socioculturels, la recherche d'une majorité stable et cohérente pour administrer une collectivité territoriale, la transparence financière des entreprises de presse, la protection de la santé publique, la recherche des auteurs d'infraction, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ainsi que l'égalité entre collectivités territoriales.

¹⁴⁸ Cons. const., décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Rec.*, p. 48. Cons. n° 5 aux termes duquel le Conseil constitutionnel énonce qu'« *il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte* ».

¹⁴⁹ Cons. const., décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, *Rec.*, p. 341.

¹⁵⁰ Cons. const., décision du 24 juillet 2008 précitée ; ou encore décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, *Rec.*, p. 360, où le juge constitutionnel considère que « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une*

L'identification de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle a soulevé de nombreuses difficultés, à commencer par la détermination d'un dénominateur commun à l'ensemble de ces objectifs. Il s'agissait alors de trouver un critère capable de donner une unité à cette catégorie de normes. Cependant, une démarche matérielle fondée sur l'identification d'un critère unificateur allait se heurter à la multiplicité des domaines visés par ces objectifs aussi divers que celui de l'accessibilité de la loi, celui de disposer d'un logement décent, celui du pluralisme ou encore l'objectif relatif à l'ordre public. En revanche, nous éloignant de l'approche strictement matérielle de la notion, une analyse formelle liée, cette fois, non plus à la matière visée par l'objectif mais à son origine, peut rendre compte d'une constance. La difficulté tenant à l'identification de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle était d'autant plus grande que, contrairement, par exemple, aux « principes particulièrement nécessaires à notre temps » prévus dans le Préambule de la Constitution de 1946, l'expression « objectif de valeur constitutionnelle » n'est pas expressément mentionnée dans le texte constitutionnel. C'est la raison pour laquelle on considère cette catégorie normative comme une catégorie en partie issue de la création du juge constitutionnel. « En partie », car elle reste manifestement liée aux dispositions fondamentales¹⁵¹. Par exemple, le Conseil constitutionnel reconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi sur le fondement des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁵². De même, le Conseil constitutionnel fonde l'objectif du pluralisme des courants d'expression socio-culturels sur l'article 11 du même texte, relatif à la libre communication des pensées et des opinions¹⁵³. De ce fait, le juge constitutionnel apparaît plutôt comme le créateur de l'intitulé désignant cette catégorie normative, mais non des normes contenues dans cette catégorie.

Formellement, les objectifs de valeur constitutionnelle correspondent donc à des prolongements jurisprudentiels de textes constitutionnels. L'approche de la fonction de ces normes permet de les identifier comme étant programmatiques.

D'abord, parce que, comme leur dénomination l'indique, elles formulent des « objectifs » de valeur constitutionnelle. Pour P. de Montalivet, ces objectifs constituent une « *indication par la norme considérée d'une direction à suivre, d'un but à atteindre, se traduisant par une action à*

interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

¹⁵¹ Ainsi, selon les termes d'un spécialiste de la notion, B. Faure, « *les objectifs sont le prolongement de textes initiaux en ramifications jurisprudentielles implicites* ». Ils correspondent à une « *enveloppe jurisprudentielle constituée autour de la règle écrite. Et de cette origine formelle, l'objectif à valeur constitutionnelle en retire l'assise d'une norme objective* ». FAURE (B.), *op. cit.*, p. 59.

¹⁵² Voir par exemple, Cons. const., décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, Rec. p. 113.

¹⁵³ Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*. Rec. p. 141.

accomplir »¹⁵⁴. Ils se caractérisent aussi par l'aspect « *limité des destinataires de la norme, qui ne s'adresse qu'au législateur et plus généralement aux pouvoirs publics...* »¹⁵⁵. Autrement dit, les objectifs de valeur constitutionnelle sont mis à la charge de l'État. La jurisprudence constitutionnelle française affirme d'ailleurs la mission qui incombe au législateur. Par exemple, à l'occasion de la décision n° 2004-503, la Haute instance rappelle « *qu'il incombe au législateur de définir les compétences de l'État et des collectivités territoriales afin de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle fixé par les dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946* »¹⁵⁶. Le législateur doit donc mener à bien ces objectifs. Leur réalisation repose sur une intervention de ce dernier. Or, nous le verrons, tout en consolidant la structure sociale et institutionnelle de l'État moderne, les normes programmatiques se tournent vers l'avenir. Elles spécifient « *les fins ou les intérêts que l'activité subordonnée [le législateur] devra poursuivre ou privilégier* »¹⁵⁷. On retrouve cet aspect dans les objectifs de valeur constitutionnelle, de nature fortement téléologique. C'est-à-dire qu'ils guident le législateur dans son œuvre en prévoyant les buts et priorités à concrétiser dans la société démocratique et pluraliste moderne. Ces objectifs peuvent donc être associés au concept de norme constitutionnelle programmatique.

Ensuite, parce qu'il ressort des considérants du juge des lois qu'un droit-créance, dont on connaît maintenant le fort caractère programmatique, peut aussi être identifié comme objectif de valeur constitutionnelle. Dans ce cas, la « *programmaticité* » du droit-créance impliquerait la « *programmaticité* » de l'objectif. On le constate, par exemple, en matière de protection de la santé, droit-créance garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 et que le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle tout en précisant qu'il « *incombe au législateur... de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule de 1946, leurs modalités concrètes d'application* ». Le caractère programmatique de l'objectif de valeur constitutionnelle est alors affirmé par le juge qui poursuit en indiquant qu'il appartient au législateur « *en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule* »¹⁵⁸. Un droit-créance peut donc bien correspondre à un objectif de valeur constitutionnelle¹⁵⁹, ce qui confirme l'appartenance de ce dernier à la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques.

¹⁵⁴ DE MONTALIVET (P.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *op. cit.*, p. 169 et s.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Cons. const., décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, *Rec.* p. 144.

¹⁵⁷ BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, *op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁸ Cons. const., décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*. *Rec.* p. 33.

¹⁵⁹ En ce sens, A. Levade assimile à cette dernière la notion de droit-créance lorsqu'elle précise, évoquant les objectifs de valeur constitutionnelle, que « *l'inscription dans le Préambule de droits-créances de l'individu à*

En définitive, qu'un tel objectif s'identifie à la disposition constitutionnelle relative à un droit-créance, ou, au contraire, à la ramification jurisprudentielle d'une disposition constitutionnelle, dans tous les cas la norme qu'il véhicule possède un caractère programmatique. Soit, en faisant correspondre un droit-créance à un objectif de valeur constitutionnelle - les premiers ayant un caractère programmatique très prononcé - l'objectif ne peut que posséder cette même nature. Soit, si le droit-créance apparaît seulement comme la « source » d'un tel objectif, ce dernier, en mettant à la charge du législateur la mission de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif, s'apparente encore à une norme constitutionnelle programmatique.

Mais cela surprend-il réellement ? Car, en vérité, c'est bien là un *objectif* de valeur constitutionnelle. Donc, par définition, la norme, en tant qu'*objectif*, se projette dans l'avenir. De nature téléologique, elle vise la finalité prévue par l'exigence constitutionnelle. Dans cette perspective, elle enjoint à toute intervention publique ultérieure d'œuvrer pour sa pleine réalisation¹⁶⁰.

Il résulte de ce qui précède que l'identification des normes constitutionnelles programmatiques se fait non seulement dans le texte constitutionnel français, mais aussi, au-delà de ce texte, dans les objectifs de valeur constitutionnelle. De même, en Italie, on verra que les programmes constitutionnels ne s'épuisent pas dans les droits-créances ou dans les droits-libertés inscrits dans la Constitution italienne. Mais il faut d'emblée remarquer qu'il est vain de chercher, en Italie, un qualificatif semblable à l'objectif de valeur constitutionnelle pouvant représenter, à l'instar de l'hypothèse française, une catégorie de norme constitutionnelle programmatique spécifique et extérieure à la Constitution. Toutefois, indépendamment de cette dénomination particulière, force est de constater que ces normes existent bien au-delà des préceptes expressément inscrits dans la Constitution italienne. Celles-ci sont le résultat de l'œuvre prétorienne du juge constitutionnel que permet une interprétation « ouverte » de l'article 2 de la Constitution italienne.

l'égard de l'Etat assigne à celui-ci des obligations » au niveau constitutionnel. LEVADE (A.), *op. cit.*, spécialement, p. 693.

¹⁶⁰ Curieux de cet aspect, B. Faure écrira en ce sens que « l'élément qui apparaît d'emblée comme le plus original et le plus énigmatique dans l'élaboration de la problématique générale de ces normes (les objectifs de valeur constitutionnelle) réside dans leur nature téléologique, finalisée, qui montre, à côté des formes juridiques traditionnelles, un mouvement vers l'instrumentalisation du droit ». FAURE (B.), *op. cit.*, p. 46. L'auteur poursuit son analyse, en affirmant que les objectifs de valeur constitutionnelle agissent « comme le révélateur d'une évolution dans la production juridique de l'Etat. L'analyse est connue : l'essor d'une légalité programmatoire est indissociable de l'interventionnisme d'un "Etat propulsif" qui n'est plus seulement spectateur mais s'engage dans un protectorat économique et social ». On assiste ici, et les objectifs de valeur constitutionnelle en sont une des caractéristiques parmi l'ensemble des normes constitutionnelles programmatiques, au développement d' « un "droit interventionniste" tourné vers la réalisation de politiques publiques et l'affirmation de droits nouveaux ».

2 § - *L'extension de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques par l'œuvre prétorienne du juge constitutionnel italien : la question de la « clause ouverte »*

Parmi l'ensemble des éléments qui correspondent à la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques, on compte, en Italie, certains droits tirés de l'œuvre prétorienne du juge constitutionnel. Nous verrons, en effet, que cette catégorie de normes s'étend aux droits reconnus à partir de l'article 2 de la Constitution italienne¹⁶¹.

Cette disposition constitutionnelle énonce que la République « reconnaît » certains droits inviolables. Parce qu'ils sont « re-connus », ces droits ne peuvent être regardés comme des droits définis par l'État. Au contraire, ils rendent compte de droits qui existent au-delà même de l'État. Toutefois, le processus de reconnaissance ne peut avoir lieu que postérieurement et grâce à l'identification de critères distinctifs permettant d'isoler ces droits inviolables des autres. Mais la Cour constitutionnelle italienne s'abstient de procurer de tels critères. Privée de ces éléments d'identification, la doctrine italienne s'agace, dénonçant le risque d'« *incoherences et d'incertitudes graves* »¹⁶². En effet, en reconnaissant ces droits, ce sont autant de normes constitutionnelles que le juge identifie, lesquelles serviront nécessairement de références au contrôle de constitutionnalité. Pour autant, même si une « incohérence » est parfois dénoncée, chacune de ces normes trouve une unité dans le fondement de l'article 2 de la Constitution.

Dès lors, puisque l'identification de ces droits inviolables passe par la lecture que fait la Cour constitutionnelle de l'article 2 précité, la question a été de déterminer si cet article devait s'entendre comme « une clause fermée » ou bien comme une « clause ouverte ». Autrement dit, comme une norme qui renvoie à un catalogue déterminé de droits prévus par le texte fondamental, ou, au contraire, comme une norme qui permet au juge de reconnaître des droits en fonction des aspects nouveaux de la liberté de la personne qui naissent avec l'évolution de la société¹⁶³.

¹⁶¹ Aux termes de l'article 2 de la Constitution italienne, « *La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, soit en tant qu'individu, soit dans les organisations sociales où se déroule sa personnalité, et requiert la réalisation des devoirs incontournables de solidarité politique, économique et sociale* ».

¹⁶² MERLINI (S.), « Obiettivo sulle sentenze delle Corte costituzionale », *Quale Giustizia*, 1997, II, la Nuova Italia, p. 240.

¹⁶³ F. Saja écrit alors que « *des controverses [ont été longtemps] ouvertes, sur le fait de savoir si l'article 2 de la Constitution fait référence aux seuls droits fondamentaux garantis par les autres dispositions de la Constitution ou, au contraire, s'il fonde l'existence d'une "liste ouverte" de droits, permettant ainsi à la jurisprudence constitutionnelle d'individualiser d'autres dispositions subjectives inviolables grâce à l'emploi des instruments de l'interprétation historico-évolutive* », SAJA (F.), « La justice constitutionnelle en 1987 », *A.I.J.C.*, III-1987, p. 633. Pour plus de détails sur les positions doctrinales quant à l'interprétation de l'article 2 de la Constitution italienne et l'identification des principes inviolables issus de cette disposition, voir notamment l'intervention de LUCIANI (M.) lors de la conférence d'Ankara. VIII^{ème} conférence des Cours constitutionnelles européennes portant sur « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », *A.I.J.C.*, VI, 1990, p. 161 ; BESSON (E.), « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution

C'est cette seconde alternative qui fut retenue, sous la réserve émise toutefois par la Cour constitutionnelle selon laquelle les droits inviolables issus de l'article 2 précité doivent nécessairement être déductibles de la Constitution¹⁶⁴. À ce titre, M. Luciani précise que « *n'entrent pas en contradiction avec cette orientation jurisprudentielle, les décisions par lesquelles la Cour a assuré une protection constitutionnelle à des droits "non énumérés". La valeur constitutionnelle de tels droits a été en fait déduite non pas d'une vision transcendantale ou métajuridique qui selon certains résulterait de l'article 2 de la Constitution, mais d'une lecture systématique et "adaptée aux réalités d'aujourd'hui" des normes constitutionnelles de référence autres que celles de l'article 2* »¹⁶⁵.

En l'absence de critères spécifiques, l'hétérogénéité marque ce catalogue de droits inviolables tirés de l'article 2. Appartenant autant aux droits-libertés qu'aux droits-créances, ces droits inviolables sont autant de droits expressément prévus par les dispositions de la Constitution italienne que de droits dégagés de racines textuelles. Sont associés aux premiers le droit au travail inviolable, le droit à la santé ou encore la liberté syndicale¹⁶⁶. Aux seconds correspond le droit à la protection de l'environnement - ou bien le droit au logement¹⁶⁷.

Ce dernier, par exemple, n'est pas expressément reconnu dans la Constitution italienne. Il n'existe qu'à partir du pouvoir créateur du juge constitutionnel. Or, celui-ci consacre un droit au logement en se fondant, non pas sur l'article 47¹⁶⁸ de la Constitution, lequel fait une référence indirecte au logement, mais sur l'article 2 de la Constitution précité.

Cette reconnaissance n'a pas été immédiate. Initialement, la Cour constitutionnelle italienne a refusé de voir dans le logement autre chose qu'un « *bien essentiel qui doit être protégé par la loi*

démocratique ? », *A.I.J.C.*, XXI, 2005, p. 11 ; PÉREON (P.), « Considérations critiques sur la notion de droits inviolables dans l'ordonnancement constitutionnel italien », *Liber amicorum Mélanges Jean Claude Escarras, La communicabilité entre systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 886.

¹⁶⁴ *Corte cost., sent.* n° 88 du 12 juillet 1979, *Giur. cost.*, p. 1248. Pour une analyse spécifique de la question, voir CARETTI (P.), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 2^{ème} ed., Giappichelli, Turin, 2005.

¹⁶⁵ Voir l'intervention de LUCIANI (M.) *op. cit.*, spécialement p. 164, voir aussi BARBERA (A.), commentaire de l'article 2, dans *Commentario della Costituzione italiana*, sous la direction de BRANCA (G.), vol. « Principi fondamentali ». Art.1-12, Bologne-Rome, Zanichelli, 1975, p. 50 et s.

¹⁶⁶ Pour le droit au travail, voir notamment *Corte cost., sent.* n° 414 du 6 novembre 1991, *Giur. cost.*, p. 3540 et *Corte cost., sent.* n° 108 du 23 mars 1994, *Giur. cost.*, p. 927 ; pour le droit à la santé voir *Corte cost., sent.* n° 88 du 12 juillet 1979, *op. cit.* ; *Corte cost., sent.* n° 184 du 2 avril 1986, *Giur. cost.*, p. 479, ou encore *Corte cost., sent.* n° 455 du 26 septembre 1990, *op. cit.* ; pour la liberté syndicale voir *Corte cost., sent.* n° 334 du 13 mars 1988, *Giur. cost.*, p. 1469.

¹⁶⁷ Pour le droit au logement, voir *Corte cost., sent.* n° 217 du 11 février 1988, *Giur. cost.*, p. 833 ou *Corte cost., sent.* n° 252 du 16 mai 1989, *Giur. cost.*, p. 1174. Pour le droit à l'environnement, voir *Corte Cost. sent.* n° 459 du 19 juillet 1989, *Giur. cost.*, p. 2106.

¹⁶⁸ Aux termes de l'article 47 de la Constitution italienne, « *La République encourage et protège l'épargne sous toutes ses formes ; elle réglemente, coordonne et contrôle l'exercice du crédit. Elle favorise l'accès de l'épargne populaire à la propriété du logement, à la propriété des terres par ceux qui les cultivent et à l'actionnariat direct et indirect dans les grandes entreprises de production du pays* ».

de manière adéquate et concrète »¹⁶⁹. Elle estimait, à cet égard, que toutes démonstrations juridiques basées sur l'article 2 de la Charte fondamentale visant à élire le logement parmi les droits constitutionnellement protégés devaient être rejetées. Plus particulièrement, à ce moment, la Cour constitutionnelle jugeait que « *les droits inviolables sont, selon une jurisprudence constante, des droits qui forment le patrimoine irréductible de la personnalité humaine* »¹⁷⁰. Patrimoine dont le droit au logement ne fait alors pas partie. Toutefois, la Cour constitutionnelle italienne n'est pas restée longtemps fidèle à ce raisonnement. Dès 1988, elle prend un tout autre parti en relevant que « *le droit au logement est en effet au nombre des éléments essentiels qui caractérisent la société à laquelle se conforme l'État démocratique voulu par la Constitution* »¹⁷¹. Il est alors question, dans l'État social Italien, « *de garantir au plus grand nombre de citoyens possible [le] droit social fondamental [du] logement* »¹⁷². Plus encore, la Cour précise que cette mission « *est un devoir que l'État ne peut en aucun cas abandonner* »¹⁷³. À ce moment, le droit au logement est pris en compte par la Cour comme un des éléments essentiels à la société démocratique que la Constitution établit, mais il n'est toutefois pas encore expressément reconnu comme un droit inviolable. Ce n'est que le mois suivant que le juge constitutionnel italien utilise l'article 2 de la Constitution comme fondement au droit au logement¹⁷⁴. Il reconnaît en effet « *un droit social au logement qui peut être rangé parmi les droits inviolables de l'homme* » au regard de l'article 2 de la Constitution¹⁷⁵. Étant ainsi devenu un droit inviolable, le droit au logement est intégré à ce que la Cour appelle le patrimoine irréductible de la personnalité humaine. Par conséquent, grâce à l'œuvre prétorienne de la Cour constitutionnelle italienne, bien qu'absent du texte constitutionnel, « *le droit au logement décent est incontestablement au nombre des droits fondamentaux de la personne* »¹⁷⁶.

Cependant, le juge constitutionnel italien précise aussi que le droit au logement nécessite une mise en œuvre progressive par la loi suivant les disponibilités financières existantes. Le législateur

¹⁶⁹ *Corte cost., sent. n° 33 du 20 mars 1980, Giur. cost., p. 250.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Corte cost., sent. n° 217 du 11 février 1988, op. cit.*

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Corte cost., sent. n° 404 du 24 mars 1988, Giur. cost., p. 1789.* En l'espèce, la Cour constitutionnelle italienne était saisie d'une disposition législative qui prévoyait qu'en cas de décès du locataire, son conjoint, ses héritiers, ses parents ou alliés résidant habituellement avec lui pouvaient reprendre le logement.

¹⁷⁵ Il s'agit plus précisément d'un des fondements du droit au logement, puisqu'on peut relever que le juge constitutionnel s'appuie aussi sur l'article 47 ainsi que l'article 3 de la Constitution. La Cour constitutionnelle affirme notamment que « *si l'article 3 de la Constitution est violé du fait de l'absence de ragionevolezza des dispositions contestées, l'article 2 l'est dès lors que le droit fondamental à ne pas être privé de toit est directement atteint* ».

¹⁷⁶ *Corte cost., sent. n° 119 du 2 avril 1999, Giur. cost., p. 1004.* Voir aussi par exemple, *Corte cost., sent. n° 559 du 12 décembre 1989, Giur. cost., p. 2564 ; Corte cost., n° 176 du 5 juin 2000, Giur. cost., 2000, p. 1536* ou encore *Corte cost., Sent. n° 299 du 19 juillet 2000, Giur. cost., 2000, p. 2277.* Pour une étude comparative du droit au logement, voir notamment DOMINGO (L.), « *Le droit au logement décent dans les Constitutions française, espagnole et italienne* », *AJJC*, XVII, 2001, p. 31 et s.

étant la seule autorité habilitée, « *en mesurant les disponibilités effectives et les intérêts pouvant être progressivement satisfaits par elles, [à] s'occuper de rapporter les moyens aux fins et construire dans des hypothèses ponctuelles des prérogatives justiciables traduisant des droits fondamentaux* »¹⁷⁷. Cette interprétation du droit au logement fait écho à celle entreprise par le juge constitutionnel français de l'objectif de valeur constitutionnelle correspondant. Effectivement, en France, l'objectif d'accéder à un logement décent est lui aussi une norme qui prévoit « *un titre de compétence direct pour des interventions publiques en matière d'urbanisme et de logements sociaux, ainsi qu'une formulation spécifique de l'intérêt général autorisant le législateur à réglementer les rapports locatifs afin de favoriser l'accès ou le maintien du locataire dans un logement* »¹⁷⁸.

Le droit au logement, en Italie, habilite bien la puissance publique à déterminer un dispositif juridique voué à concrétiser l'accès à un logement décent. Pour sa réalisation, cette norme requiert donc l'intervention positive de l'État. Manifestement, sur ce point, le droit au logement tiré de l'article 2 de la Constitution italienne ne se distingue pas de l'objectif de valeur constitutionnelle français. Il « *constitue essentiellement une norme finaliste, qui prend corps par des mesures législatives* »¹⁷⁹, et dévoile ainsi sa forme programmatique.

Dès lors l'exemple du droit au logement¹⁸⁰ démontre bien que le juge constitutionnel italien reconnaît clairement, à l'instar du juge constitutionnel français, l'existence de normes constitutionnelles programmatiques au-delà du texte de la Constitution. Ce concept ne s'épuise donc pas dans les catégories de droits expressément prévus par le texte de nos Chartes fondamentales, puisqu'il renvoie aussi aux catégories normatives issues de la jurisprudence constitutionnelle.

¹⁷⁷ *Corte cost., sent.* n° 121 du 18 avril 1996, *Giur. cost.*, 1996, p. 1029.

¹⁷⁸ GAY (L.), « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé liberté (suite et fin). », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 527 et s.

¹⁷⁹ GAY (L.), *op. cit.*, p. 532.

¹⁸⁰ Le droit au logement n'est pas le seul droit reconnu à partir de l'interprétation de la clause ouverte qui renvoie aux normes constitutionnelles programmatiques. Le droit à l'environnement, par exemple, est lui aussi un droit inviolable tiré de l'article 2 de la Constitution italienne. La protection de l'environnement n'est pas une garantie textuellement prévue par la Constitution italienne. Aussi, après une première reconnaissance par la Cour de cassation, la norme constitutionnelle programmatique relative au droit à un environnement sain a été consacré par la Cour constitutionnelle dans sa décision du 28 mai 1987. Pour cela, le juge constitutionnel s'est fondé à la fois sur les articles 9 (protection du paysage) et 32 (protection de la santé) ainsi que sur l'article 2 (droits inviolables de la personne humaine). Pour la décision de la Cour de cassation, voir *Cass. S.U.*, 6 octobre 1979, n° 5172 ; pour la décision rendue par la Cour constitutionnelle, voir *Corte cost., sent.* n° 210 du 28 mai 1987, *Giur. cost.*, p. 1577 et *Corte cost., sent.* n° 459 du 27 juillet 1989, *op. cit.* Pour une étude précise, voir notamment ELIE (M.-P.), *L'environnement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne*, sous la direction de Gounelle (M.), 2003, Toulon.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Il existe plusieurs manières d'appréhender le concept de norme constitutionnelle programmatique. Celle réalisée sur la base du nominalisme juridique – à partir d'une approche formelle – consiste à faire référence à une liste préalablement établie de catégories normatives qui, par extension, tente de déterminer les limites de cette catégorie de normes. Mais il résulte de cette approche formelle qu'un recours à cette seule énumération ne permet pas d'obtenir une définition satisfaisante. En effet, d'une part, le catalogue de normes constitutionnelles programmatiques ainsi obtenu est constitué d'éléments variés, puisque ces normes peuvent être associées aussi bien aux droits-créances qu'aux droits-libertés. D'autre part, on constate que ce type de normes peut être d'origine tant textuelle que jurisprudentielle. Il ressort effectivement de ce qui précède qu'il est possible d'identifier cette catégorie à des normes directement tirées des dispositions constitutionnelles ainsi qu'à des normes issues du travail créateur du juge constitutionnel. Dans ces conditions, on comprend mieux les limites, initialement évoquées, auxquelles se heurte la tentative d'identifier les normes constitutionnelles programmatiques à partir de classifications juridiques déjà existantes.

Dès lors, parce que ces normes correspondent à l'ensemble des catégories de garanties constitutionnelles, il est impossible de les associer de manière exclusive à une seule d'entre elles. Au contraire, les normes constitutionnelles programmatiques recouvrent un champ formel ouvert aux frontières imprécises. Par conséquent, bien que cette approche formelle contribue à nous éclairer sur ce que sont ces normes, elle ne nous permet pas de les identifier. La détermination du concept de norme constitutionnelle programmatique à partir d'une approche par extension montre ainsi ses limites. Elle échoue à en dessiner clairement les contours. Afin de caractériser cette catégorie de normes, une analyse matérielle – c'est-à-dire compréhensive, parce que tournée cette fois sur l'étude des critères constitutifs des normes constitutionnelles programmatiques – bien que connaissant elle aussi des limites, pourrait compléter la tentative d'identification formelle restée insatisfaisante¹⁸¹.

¹⁸¹ Autrement dit, cette première approche ne nous permet pas de déterminer de manière satisfaisante ce que sont réellement ces normes dans le droit positif. Réfutant ainsi logiquement le nominalisme, récusant par là même l'approche extensive du concept de norme constitutionnelle programmatique, nous abordons à présent une seconde approche, fondée cette fois sur la compréhension des éléments conceptuels qui structurent cette catégorie de normes.

CHAPITRE 2

LA LIMITE DE L'IDENTIFICATION MATERIELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

Par « identification matérielle », il faut comprendre l'identification de l'objet auquel correspond la catégorie « norme constitutionnelle programmatique » par l'analyse de ses éléments constitutifs. De manière liminaire, il nous est apparu possible d'aborder cette question sous l'angle de la méthode, non plus extensive¹⁸², mais, cette fois, compréhensive. On ne pose plus la question de savoir à quoi correspond cette catégorie de normes, mais plutôt celle de savoir par quoi les normes constitutionnelles programmatiques sont constituées. La démarche construisant cette catégorie induit alors nécessairement une compréhension des éléments qui la structurent.

Fondamentalement, le caractère qui distingue ces normes des autres normes constitutionnelles correspond à leur forme programmatique. Sous cet angle, c'est la « programmaticité » qui doit s'appréhender comme élément constitutif de cette catégorie. Il s'agit donc ici de préciser ce que l'on entend par « programmaticité ». Nous verrons que ce néologisme, associé à la norme constitutionnelle, renvoie plus particulièrement à l'idée d'application différée de cette norme. Les normes constitutionnelles programmatiques sont effectivement en principe des normes insusceptibles d'application directe¹⁸³. Ce qui les oppose traditionnellement aux normes directement prescriptives. Mais si cette classification binaire est communément admise aujourd'hui, l'approche de la « programmaticité » révèle que les classifications sur lesquelles nous sommes tentés de construire notre raisonnement peuvent être remises en cause. Il est effectivement possible de reconnaître la « programmaticité » là où, *a priori*, elle est exclue. Nous verrons que cette caractéristique inhérente aux normes constitutionnelles programmatiques est variable, connaissant des degrés d'intensité suivant la norme concernée¹⁸⁴ (Section 1). À côté de ce premier élément conceptuel qui structure la catégorie, nous devons ajouter un second élément lié à la nature axiologique de la norme. En ce sens, il est admis que les normes constitutionnelles

¹⁸² On rappelle que l'approche formelle du concept de norme constitutionnelle programmatique correspond à la méthode extensive.

¹⁸³ Ces normes sont en principe privées d'application directe, mais le second titre de cette partie montrera que ce principe connaît quelques tempéraments.

¹⁸⁴ Ce que nous avons commencé à voir avec les libertés qui, bien que prévoyant par principe des garanties négatives, peuvent aussi revêtir une forme programmatique.

programmatiques sont axiologiquement orientées, la norme véhiculant une valeur juridique (Section 2). Toutefois, cette caractéristique contribue à l'identification de cette catégorie, sans pour autant lui être exclusivement associée.

SECTION 1

LE CRITÈRE DE LA « PROGRAMMATICITÉ », UN FONDEMENT STRUCTUREL VARIABLE

La compréhension des éléments qui structurent le concept NCP est nécessaire afin de construire cette catégorie normative. À cet égard, la « programmaticité », entendue comme capacité à engager le droit pour l'avenir, peut être appréhendée comme un élément conceptuel constitutif de la catégorie norme constitutionnelle programmatique. En ce sens, ce type de normes se distingue des autres normes constitutionnelles en ce que les premières sont marquées par la « programmaticité ». Cette caractéristique implique l'absence d'application directe de la norme concernée du fait de son incomplétude (1§). En outre, l'analyse de ce critère structurant montrera que cette « programmaticité », loin d'être homogène dans cette catégorie normative, s'exprime de différentes manières. Elle se révèle effectivement tantôt indirecte (2 §), tantôt temporaire (3 §).

1 § - La signification de « programmaticité » : l'absence d'application directe de la norme liée à son incomplétude

Avant de montrer que les normes constitutionnelles programmatiques se caractérisent par le fait qu'elles ne sont pas directement applicables, il convient de revenir sur la notion même d'application directe. Celle-ci trouve son origine en droit international et en droit communautaire (A). La signification ainsi donnée à cette notion permettra d'envisager l'absence d'application directe en droit constitutionnel. Elle est en effet un critère constitutif de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques qui fut d'abord adopté par les juges ordinaires français et italiens (B), avant d'être confirmé par les juridictions constitutionnelles (C).

A – L'origine de la notion d'application directe

En droit international, la notion d'application directe est liée à celle d'effet direct. « *Self executing* », d'après la terminologie anglaise d'origine¹⁸⁵, les dispositions d'application directe n'ont pas besoin de l'intervention d'un acte d'exécution pour qu'elles s'appliquent et produisent leurs effets.

En 1928, la Cour internationale de justice rend un avis dans lequel elle utilise l'expression « *self executing* » pour juger que la norme mise en cause devant elle produisait des effets à l'égard des sujets intéressés et qu'elle était invocable devant les juridictions nationales. Pour la Cour, « *on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et des obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* »¹⁸⁶. D'après la Cour, une norme internationale est d'application directe lorsqu'elle est capable de conférer aux particuliers des droits et obligations dans l'ordre juridique interne sans que l'État adopte des mesures d'exécution. La norme doit donc produire des effets directement sur les individus, sans le relais de l'État membre.

Deux conditions doivent exister pour cela. La disposition internationale doit être suffisamment précise et elle doit concerner une obligation imposée ou un droit conféré à un ressortissant national. Toutefois, l'appréciation de l'existence de ces deux critères aboutit parfois à des jurisprudences contradictoires selon les États ou les juridictions nationales. C'est par exemple le cas de l'Allemagne qui estime que les principes du *General Agreement on Tariffs and Trade*¹⁸⁷, portant sur la libéralisation du commerce international, ne sont pas directement applicables à cause du caractère trop vague des dispositions de ce Traité. Quand l'Italie juge au contraire que ces mêmes principes - comme le principe d'égalité de traitement fiscal entre marchandises importées et marchandises nationales - sont des principes d'application directe¹⁸⁸.

¹⁸⁵ La jurisprudence américaine est à l'origine de la notion d'application directe. En 1829, dans l'affaire *Foster et Elam contre Neilson*, les dispositions applicables sans l'intervention d'un acte d'exécution sont qualifiées de dispositions « *self executing* ». Il s'agissait en l'espèce d'un contentieux relatif au traité du 22 février 1819 entre les États-Unis et l'Espagne qui portait cession par la seconde aux premiers de la Floride. Le *Chief Justice* Marshall considère que le Traité en cause est directement applicable au motif que ses dispositions ne nécessitaient pas l'intervention du législateur et s'adressaient directement aux juges. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Forest et Elam c/ Neilson*, 1829, cité in HENRY-MENGUY (B.), *op. cit.*, p. 299.

¹⁸⁶ Avis, Cour internationale de justice, 3 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, Rec., Série B, n° 15, p. 11.

¹⁸⁷ GATT.

¹⁸⁸ Pour la juridiction italienne, « *l'interprétation qui attribue un caractère self-executing aux dispositions du GATT est plus ouverte et plus conforme aux principes internationaux, étant donnée l'obligation des États d'assurer aux traités, dans leurs ordres internes, l'application la plus appropriée pour réaliser les buts pour lesquels ces traités ont été conclus* ». CJCE, Aff n° C-352/96, 18 novembre 1998, Italie c/ Conseil, Rec. I, p. 6949.

À côté du droit international, le droit de l'Union européenne utilise également la notion d'application directe. Dans ce cas, pour qu'une disposition s'applique directement en droit national, elle doit être invocable par un particulier. Dès lors, l'effet direct de la disposition permet de « conférer des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder »¹⁸⁹. Précisant la notion, la CJUE ajoute plus tard qu'elle correspond au « droit pour le justiciable de s'en prévaloir en justice »¹⁹⁰.

La jurisprudence communautaire précise aussi que l'application directe dépend de la précision de la disposition. Puisque le Cour estime qu'une disposition est d'effet direct « dans tous les cas où des dispositions apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises »¹⁹¹.

Une disposition privée d'application directe correspond donc, en droit communautaire, à une disposition qui, sans une mesure nationale, ne produit pas d'effet direct dans le chef des particuliers ressortissants des États membres. Il en est ainsi des directives communautaires¹⁹². Ces normes sont en principe privées d'application directe, même s'il est vrai que sous certaines conditions il est possible de les appliquer directement¹⁹³. Tant qu'elle n'a pas été transposée en droit national par une mesure nationale, la directive a pour destinataires les seuls États membres et non les particuliers ressortissants nationaux. Elle n'est donc pas *self executing*¹⁹⁴.

Cette notion d'application directe issue du droit international et du droit communautaire est reprise par les juridictions nationales comme critère caractérisant la programmaticité de certaines normes constitutionnelles.

¹⁸⁹ CJCE, Aff. N° 26/62 du 5 février 1963, *Van Gend and Loos, Rec.*, p. 1.

¹⁹⁰ CJCE, Aff. N° 9/70 du 6 octobre 1970, *Franz Grad, Rec.*, p. 825.

¹⁹¹ CJCE, Aff. N° 8/81 du 19 janvier 1982, *Ursula Becker, Rec.*, p. 53.

¹⁹² Une directive prévoit un but à atteindre qui s'impose aux États membres. Ceux-ci sont donc liés quant au résultat. Il s'agit d'une obligation absolue qui pèse sur ces États. En revanche, ces derniers restent libres de choisir la forme et les moyens qui permettront d'atteindre ce but. Voir notamment DUTHEILLET DELAMOTHE (O.), « Directives : effet en droit interne », in *Cinquante ans du centre de documentation du Conseil d'État*, La Documentation française, 2004.

¹⁹³ Notamment parce que la Cour de justice reconnaît parfois l'application directe des directives. Elle considère que les particuliers peuvent invoquer une directive devant les juridictions nationales lorsque les aspects techniques de l'acte liés à la précision de la disposition et à son caractère inconditionnel conviennent. Mais puisque la directive est un acte qui prévoit un but que les États doivent atteindre, l'effet direct de cet acte n'est que vertical. C'est-à-dire que les particuliers pourront se prévaloir de la directive à l'encontre de l'État, mais non à l'encontre d'autres particuliers.

¹⁹⁴ Depuis 2004, en France, « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ». Cons. const., n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Rec.*, p. 101.

B – Un critère adopté par les juridictions ordinaires

Les normes constitutionnelles programmatiques possèdent des éléments conceptuels structurants qui peuvent être déduits de l'étude de la jurisprudence. La « programmaticité » en fait partie. Elle correspond à la qualité programmatique de la norme constitutionnelle. Une norme est programmatique lorsqu'elle prévoit une finalité qui ne peut être atteinte que par la poursuite d'un programme mis à l'intention des pouvoirs publics, en particulier du législateur. Dans cette perspective, celui-ci détermine un dispositif législatif qui permet à la norme d'être appliquée. Il la rend exécutable en précisant les conditions de son application. La « programmaticité » implique donc l'absence d'application directe de la norme concernée.

La jurisprudence a très tôt érigé « l'absence d'application directe » de la norme comme concept d'identification de la catégorie norme constitutionnelle programmatique. Bien avant les juridictions constitutionnelles italienne et française, les juges ordinaires de ces deux pays ont effectivement associé cette catégorie de normes au critère de l'application. L'attitude particulièrement pédagogique de certains tribunaux est à cet égard manifeste. Ceux-ci ne se contentent pas de rejeter le fondement invoqué devant eux. Ils précisent aussi la raison du caractère inopérant du fondement, laquelle réside justement dans l'absence d'application directe de la norme.

Il en est ainsi de la décision rendue par le Tribunal civil de Riom en 1948 concernant le droit de grève prévu par le 7^{ème} alinéa du Préambule 1946¹⁹⁵. À cette occasion, le juge civil français rappelle clairement qu'une norme qui nécessite une intervention législative devient applicable seulement à partir de la promulgation de la loi requise pour son application. En l'espèce, en l'absence de mise en œuvre du droit de grève par le législateur, le juge maintient la position jurisprudentielle pour exclure les effets juridiques de l'alinéa 7 précité¹⁹⁶. Ainsi, selon le Tribunal, *« il est de doctrine et de jurisprudence constantes que lorsqu'une loi contient des dispositions subordonnant expressément ou nécessairement son exécution à une condition déterminée, elle n'est pas exécutoire au jour de sa promulgation, mais seulement lorsque cette condition est*

¹⁹⁵ Tribunal civil de Riom, 16 décembre 1948, *Société des anciens établissements Duval c. Rainard et autres*, *Gaz. Pal.*, 1949-1, J., p. 33.

¹⁹⁶ Outre le Conseil d'Etat, et avant la position de la Cour de cassation, les tribunaux judiciaires ont eu l'occasion de réfléchir à la question de la « non application directe » des normes constitutionnelles programmatiques tirées du Préambule de 1946, et notamment du droit de grève. La difficulté rencontrée à l'époque était de déterminer si ce droit prévu à l'alinéa 7 du Préambule pouvait, sans réglementation depuis 1864, produire des effets juridiques pouvant combler la lacune législative. Ainsi, en 1948, le tribunal correctionnel de la Seine rejette le moyen soulevé devant lui au motif que *« si le droit de grève est garanti par la Constitution, il ne peut cependant être exercé à bon droit que dans le cadre des lois et règlements en vigueur »*, voir 23 décembre 1948, *Sieur A.*, *Gaz Pal.*, 1949, J., p. 91. La position du juge confirme alors celle prévalant déjà lors des débats tenus à l'Assemblée constituante selon lesquels *« ces principes ne valent que dans la mesure où des lois sont votées qui sanctionnent »*, voir *JO.*, débats, ANC, 1946, p. 3373.

réalisée [... donc] il ne peut qu'en être de même par analogie d'un texte constitutionnel, tenu en suspens par la publication d'une loi »¹⁹⁷.

Le juge administratif français adopte un raisonnement similaire. C'est par exemple le cas dans l'arrêt *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques* que rend le Conseil d'État en 1962. En l'espèce, il s'agissait de la contestation devant la Haute juridiction de la décision rendue par le Tribunal administratif de Paris par laquelle le juge avait rejeté une requête tendant à l'annulation de la décision du Ministre des Affaires Étrangères d'indemniser la requérante pour la perte d'un immeuble exploité à Haiphong. Rejetant la requête, le Conseil d'État reconnaît plus particulièrement la faute du gouvernement de Hanoi et non celle de l'État français, au motif que la norme constitutionnelle invoquée comme fondement n'est pas applicable directement à l'affaire en cause. Pour le juge administratif, « *si, en vertu du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alors en vigueur, "la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges relevant de calamités nationales", le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité »¹⁹⁸.*

Ce faisant, le juge ne laisse aucune ambiguïté quant à l'applicabilité de la norme invoquée. Celle-ci reste conditionnée par l'intervention du législateur pour la mettre en œuvre. Sans cette intervention, la norme constitutionnelle programmatique ne peut, selon le Conseil d'État, produire ses effets. Elle n'est pas *self-executing* et ne saurait, par conséquent, « *servir de base à une action contentieuse en indemnité »¹⁹⁹.*

¹⁹⁷ Tribunal civil de Riom, *op. cit.*

¹⁹⁸ CE, 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, *Rec.* p. 676.

¹⁹⁹ *Ibid.* On retrouve ce raisonnement dans le célèbre arrêt Tallagrand. CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, *Rec.* p. 607. En l'espèce, le Conseil d'État réaffirme qu'à défaut de législation mettant en œuvre l'alinéa 12 du Préambule de 1946, celui-ci ne peut être appliqué à l'occasion d'un recours en indemnité. La norme tirée de cette disposition est en ce sens une norme privée d'application directe. Les normes marquées de « *programmaticité* » correspondent à ces dernières. Dans le même sens, voir l'arrêt du Conseil d'État en date du 28 janvier 1972. CE, Ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la Faculté des Lettres et des Sciences humaines de Paris*, *Rec.* p. 86. La Haute juridiction administrative avait été saisie d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté instituant des droits d'inscription dans un établissement d'enseignement supérieur. En l'espèce, les requérants faisaient valoir devant le juge administratif un moyen tiré de la violation de l'alinéa 13 du Préambule de 1946. Ce dernier prévoit en effet que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ». Toutefois, une loi du 24 mai 1951 renvoie à l'autorité ministérielle le soin de fixer « *les taux et modalités de perception des droits d'inscription de scolarité, d'examen, de concours et de diplôme dans les établissements de l'État* ». Un arrêté de 1969 portant sur le montant des droits de scolarité dans les universités avait été pris sur le fondement la loi de finances de 1951 précitée. Celle-ci prévoyait notamment que les taux et modalités de perception des droits d'inscription et de scolarité seraient fixés par arrêté du ministre concerné et du ministre du budget. Le Conseil d'État juge alors que « *le moyen tiré de ce que les dispositions dudit arrêté auraient méconnu un principe de gratuité de l'enseignement posé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est inopérant* ». Or, il faut préciser que le juge administratif aurait pu déclarer la loi de 1951 abrogée par suite de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 et de son Préambule, l'alinéa 13 s'exprimant en termes « *ni vagues, ni équivoques* ». CHEVALLIER (J.), note sous CE, Ass., 28 janvier 1972, *JCP.G.*, 1973, vol.1, II, 17296. Le Conseil aurait aussi pu entreprendre une interprétation de la disposition de l'alinéa 13 et de l'arrêté contesté. Pareils

Le renvoi au législateur formulé par la disposition constitutionnelle est donc le critère matériel qui permet au juge français de distinguer les normes directement applicables de celles qui ne le sont pas. Toutefois, le juge ordinaire raisonne « comme s'il » était confronté à une « norme constitutionnelle programmatique », sans pour autant la nommer expressément. Ce qualificatif reste effectivement absent de sa jurisprudence. En revanche, la distinction établie par le juge ordinaire italien entre « norme programmatique » et « norme prescriptive » l'est de manière explicite, et cela depuis la décision de la Cour de cassation du 7 février 1948²⁰⁰.

Ce jugement introduit plus précisément une classification tripartite des normes constitutionnelles. Elle distingue les « *normes prescriptives à application immédiate* », les « *normes prescriptives à application différée* » et les « *normes directives ou programmatiques* » qui laissent au législateur un pouvoir discrétionnaire quasiment sans limite pour leur mise en œuvre. Ce qui revient en quelque sorte à identifier d'un côté, les normes à application directe et immédiate, de l'autre, les normes à application directe mais non immédiates, enfin, les normes à application non immédiate et indirecte²⁰¹. Par conséquent, ce qui distingue une norme programmatique d'une norme prescriptive (d'application immédiate ou différée), c'est le fait de pouvoir l'appliquer directement ou pas.

raisonnements se seraient inscrits dans la reconnaissance de l'applicabilité directe de cet alinéa. En choisissant de relever le caractère inopérant de la disposition issue du Préambule, le juge administratif refuse ici de voir en cette dernière une disposition « *édicte une véritable règle de droit positif, applicable sans l'intervention préalable d'aucun texte particulier* ». LABETOULLE (D.) et CABANES (P.), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, février 1972, p. 91. Elle semble au contraire « *créer une obligation morale plus qu'un droit. La difficulté de voir là une règle de droit positif était d'autant plus grande que, du strict point de vue de l'interprétation des textes, il eût été difficile de refuser le même caractère à d'autres dispositions du Préambule dont, pourtant, on voit mal comment les faire utilement intervenir dans un débat juridique contentieux* ». *Ibid.*

²⁰⁰ C. Cass. s.u. pen., 7 février 1948, *Foro it.* 1948, II, p. 57 et s.

²⁰¹ Il convient de différencier l'application directe d'une norme de son application immédiate. Une norme est d'application directe lorsqu'elle produit directement des effets juridiques sur les individus. Elle est immédiatement applicable lorsqu'elle est suffisamment complète et précise pour ne pas nécessiter l'intervention d'une norme subordonnée pour préciser les conditions de son application. Suivant la terminologie anglo-saxonne, la première est « *self-executing* » et la seconde est « *self-sufficient* ». Pour P. Delvolvé, « *Une disposition est immédiatement applicable lorsqu'elle se suffit à elle-même, qu'elle est complètement parfaite : on dit alors qu'elle est self-sufficient. Il n'est pas besoin de précisions supplémentaires pour qu'elle puisse être appliquée. A l'inverse, un acte n'est pas immédiatement applicable lorsque ses termes ne sont pas suffisamment explicites pour être exécutés : il faut des mesures complémentaires qui précisent les conditions d'application. Une disposition est directement applicable lorsqu'elle produit des effets sur l'ensemble des sujets de droit sans intermédiaire : elle ne nécessite pas d'acte spécifique de transformation ou d'adaptation. Elle modifie l'ordonnement juridique, crée des obligations au profit ou au détriment de tous les administrés sans interposition d'une nouvelle mesure. On dit alors qu'elle est self-executing. Par contre, elle n'est pas directement applicable lorsqu'elle n'entraîne pas en elle-même de transformation de la situation juridique des intéressés, que ses effets sur eux sont liés à l'adoption d'une nouvelle mesure qui en commande l'exécution* ». DELVOLVÉ (P.), « La notion de directive », *AJDA*, octobre 1974, p. 465 et s.

En l'espèce, le juge italien devait se prononcer sur le fait de savoir si l'article 25 alinéa 2 de la Constitution pouvait s'appliquer directement²⁰². Or, cette disposition formule un renvoi au législateur afin que celui-ci prévoie les conditions dans lesquelles une personne peut être « soumise à des mesures de sûreté ». Autrement dit, sans cette intervention législative, la norme constitutionnelle programmatique ne peut produire ses effets sur les sujets de droit et reste incomplète pour pouvoir être directement appliquée. L'article 25, alinéa 2, de la Constitution renvoie précisément à une telle norme en ce qu'il est caractérisé par « l'incomplétude, pour ne pas avoir établi l'objet des lois successives »²⁰³. La Cour en déduit le caractère programmatique de la norme privée d'application directe.

Selon le juge ordinaire italien, ces normes ne sont donc pas d'application directe. Issues d'énoncés à la formulation imprécise, elles s'adressent seulement au législateur. Ce n'est que l'intervention de ce dernier qui précise les conditions d'application de la norme. Pour le juge judiciaire italien, ce renvoi au législateur afin de la rendre applicable caractérise l'incomplétude de la norme constitutionnelle programmatique. Dire qu'une norme est incomplète signifie qu'il lui manque des éléments de précision qui permettraient son application. Dès lors, l'incomplétude de la norme implique la nécessité pour celle-ci d'être complétée par des dispositions infra-constitutionnelles. Ce critère matériel, qui est aussi celui retenu par le juge ordinaire français pour juger une norme directement applicable ou non, est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence administrative italienne.

En effet, le Conseil d'État²⁰⁴ adopte un raisonnement semblable à celui tenu par la Cour de cassation. Par exemple, dans sa décision en date du 21 décembre 1951, le juge administratif italien retient la « programmaticité » de la norme invoquée, afin d'exclure son application directe. En l'espèce, il s'agissait de décider de l'application directe ou de la non-application des articles 5 et 128 de la Constitution. Pour ce faire, le juge administratif italien détermine si les normes correspondantes sont programmatiques ou, au contraire, prescriptives. Il estime alors que « les normes de la Constitution concernant l'autonomie des Communes en face du gouvernement central, n'ont pas abrogé le pouvoir du préfet d'ordonner la substitution de la gestion en adjudication à la gestion directe des impôts sur la consommation ». Elle poursuit en énonçant particulièrement que « les normes de la Constitution à efficacité différée comme celles qui sont

²⁰² L'article 25 alinéa 2 dispose que « nul ne peut être soumis à des mesures de sûreté, excepté dans les cas prévus par la loi ».

²⁰³ Cité par CASINI (L.), « La prima sentenza della Corte costituzionale : le memorie processuali », *RTDPub.*, 2006, n° 1, p. 13 et s, spéc. p. 22

²⁰⁴ Sur la distinction « norme constitutionnelle programmatique » et « norme constitutionnelle prescriptive » opérée par le Conseil d'Etat italien, voir par exemple CE, 26 mai 1948, n° 303, *Giur.it.*, 1948, II, p. 81 ; CE, 25 juin 1948, n° 326, *Foro it.*, 1948, III, p. 137, note AZZARITI, « Alcune questioni di diritto costituzionale » ; CE, 7 juillet 1948, n° 311, *Foro it.*, 1949, II, p. 52.

conditionnées par l'émanation de normes complémentaires ultérieures... »²⁰⁵ ne sont pas directement applicables. Le fait qu'une intervention législative soit requise par la disposition constitutionnelle implique l'absence d'application directe de la norme. Le Conseil d'État exclut dès lors l'application des normes tirées des articles 5 et 128 de la Constitution italienne. Il juge que « la nouvelle Constitution italienne, comme généralement toutes les Chartes constitutionnelles, contient en premier lieu l'énonciation de principes généraux et abstraits, c'est-à-dire de principes programmatiques »²⁰⁶ au sein desquels s'inscrivent les articles 5 et 128 précités.

Cette jurisprudence confirme donc le fait que la « programmaticité » renvoie à un critère matériel tiré de l'incomplétude des normes. Elle affirme en outre que ce critère, lié à l'application indirecte de la norme, est constitutif de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. En ce sens, la teneur de la prescription de ces dernières n'est pas suffisante pour s'appliquer directement à un cas d'espèce sans un relais législatif. Il s'agit du degré de complétude de la norme qui est pris en compte. Celui-ci restant faible lorsque le contenu de la norme demeure imprécis. Ce qui est précisément le cas lorsque la disposition formule un renvoi au législateur. Ce que le juge administratif italien affirme lorsqu'il énonce que les normes constitutionnelles programmatiques se distinguent « par la nature des préceptes mêmes, qui ne contiennent pas encore tous les éléments de concrétisation et de complétude propres aux commandements juridiques susceptibles d'application immédiate et donc obligatoires pour tous »²⁰⁷. Ces normes « ont pour destinataire le législateur futur qui devra par l'adoption d'une législation ultérieure, parvenir à rendre le précepte propre à être appliqué »²⁰⁸.

L'absence d'applicabilité directe de la norme constitutionnelle due à son incomplétude semble bien être le signe de sa « programmaticité ». Ce que confirment la jurisprudence constitutionnelle et la doctrine italienne et française.

²⁰⁵ CE, 21 décembre 1951, n° 1616, *Foro it.*, 1952, III, p. 205. Il en est de même de l'article 130 de la Constitution relatif à l'autonomie des entités locales qui « n'est pas d'application immédiate en ce qu'il présuppose l'institution des régions... », CE, IV, 17 novembre 1950, *Foro amm.*, 1951, I, 2, p. 58. Pour plus d'exemples de jurisprudence des juges ordinaires, voir CASSONI (G.), « Norme programmatiche e norme precettive nella nuova costituzione, nelle discussioni e nella giurisprudenza del quinquennio », *Foro Padano*, année IX, n° 9, p. 98 et s., spécialement p. 101 et s.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.* C'est pour cette raison que le juge administratif italien considère que les normes constitutionnelles programmatiques sont « renfermées dans ce qui s'appelle des préambules ou dans des "déclarations de droits" séparés, qui indubitablement présentent le caractère de normes uniquement directives pour le législateur futur, et peuvent pour l'interprète, servir aussi de guide ou d'orientation ». CE, 21 décembre 1951 précité.

C – Un critère confirmé par les juridictions constitutionnelles et par la doctrine.

Il est vrai qu'avant de confirmer le fait que l'absence d'application directe de la norme inhérente à la programmaticité est un élément structurant le concept de norme constitutionnelle programmatique, les juridictions constitutionnelles ont fait montre d'incertitude. Il en est de même de la doctrine quant à la détermination d'un critère constitutif de cette catégorie de normes (1). Puis, tiré du critère identifié préalablement par les juridictions ordinaires de « l'absence d'applicabilité directe », le critère de l'incomplétude a finalement satisfait à cette ambition (2).

1 – Un critère initialement introuvable

Une des difficultés liées à l'approche de cette catégorie de normes dans la jurisprudence constitutionnelle française tient dans le fait que le Conseil constitutionnel n'utilise pas l'expression « norme constitutionnelle programmatique » dans ses décisions. Cela accentue donc l'embarras lié à l'identification d'un critère jurisprudentiel constitutif de ce concept. Pour autant, à la lumière des décisions de la Haute instance, nous constatons que ce type de normes est lié à l'indétermination. Une indétermination qui nécessite, pour la norme, d'être précisée par une autre norme en vue de sa concrétisation. C'est par exemple ce que le Conseil constitutionnel retient au sujet des droits des travailleurs prévus par le Préambule de la Constitution de 1946. Sans qualifier expressément ces normes de programmatiques, le Conseil constitutionnel les associe à l'indétermination. Il considère que « l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en œuvre »²⁰⁹. L'indétermination de la norme nécessite un travail de précision afin qu'elle puisse s'appliquer. Ce que confirme le Conseil constitutionnel au sujet du droit au développement durable prévu par la Charte de l'environnement de 2004, en affirmant qu' « il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre »²¹⁰. C'est pourquoi, bien que le concept de norme constitutionnelle programmatique n'appartienne pas explicitement au langage du juge constitutionnel français, l'objet juridique qui se cache derrière cette dénomination existant, l'indétermination peut en être un critère constitutif. Puisqu'il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il revient au législateur de déterminer les conditions de mise en œuvre de ces normes, alors, *a contrario*, celles-ci sont des

²⁰⁹ Cons. const., décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31.

²¹⁰ Cons. const., décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec. p. 78.

normes indéterminées. Cela étant, l'indétermination n'est pas le seul critère constitutif de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques pouvant être identifié. En effet, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à côté de ce critère matériel, celui lié au destinataire de la norme pourrait, lui aussi, être appréhendé comme critère constitutif de la catégorie. Les NCP correspondent bien, selon le juge constitutionnel, à des normes qui s'adressent au législateur afin que son intervention les mette en œuvre. Par conséquent, la jurisprudence constitutionnelle, tout en gardant le silence sur ce type de normes, fournit tout de même des indices qui permettent de mieux appréhender ce concept.

En revanche, dès la première décision rendue par la Cour constitutionnelle italienne, cette catégorie de normes est expressément visée²¹¹. Contrairement au juge constitutionnel français, le juge constitutionnel italien utilise expressément l'expression « norme constitutionnelle programmatique ». Il opère d'ailleurs une distinction au sein même de ce type de normes. Pour le juge constitutionnel italien, il faut effectivement différencier, dans un premier temps, les normes « *qui se limitent à tracer des programmes vagues de réalisation future et incertaine, parce que subordonnée à l'existence de situations qui la permettent* »²¹². Dans un second temps, celles qui correspondent à des « *normes où le programme, si on peut ainsi les dénommer, a un caractère concret qui ne peut pas ne pas lier le législateur immédiatement [...]* »²¹³. Enfin, les normes programmatiques en tant que « *pures normes qui fixent les principes fondamentaux, qui se retrouvent aussi dans la législation entière* »²¹⁴.

À la lumière de cette jurisprudence, le caractère programmatique de la norme pourrait dépendre de son objet. Une norme constitutionnelle serait alors programmatique si sa prescription renvoyait, de manière plus ou moins précise, à une réalisation plus ou moins certaine qui s'effectuera par l'intermédiaire du législateur.

Toutefois, à la place du critère de l'objet, celui du destinataire de la norme pourrait aussi servir de critère d'identification. Dans ce cas, une norme constitutionnelle serait programmatique si elle s'adressait au législateur pour être mise en œuvre. Il ressort ainsi, par exemple, de la jurisprudence ultérieure de la Cour que l'article 4 de la Charte fondamentale italienne²¹⁵ « *impose au législateur d'intervenir pour garantir le droit au travail à tous les citoyens* »²¹⁶. Dans le même sens,

²¹¹ *Corte cost.*, 14 juin 1956, n° 1, *op. cit.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ L'article 4 de la Constitution italienne dispose que « *la République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et crée les conditions qui rendent ce droit effectif* ». En l'espèce, la Cour ne fait pas expressément référence aux normes constitutionnelles programmatiques, mais se réfère à cette disposition que l'on sait correspondre à cette catégorie de normes.

²¹⁶ *Corte cost. sent.* n° 105 du 17 avril 1985, *Giur. cost.*, 1985, p. 661.

concernant la nature programmatique de la norme prévue à l'article 35 de la Constitution, la Cour juge que « *les temps et modes de réalisation sont d'ailleurs confiés à l'appréciation du pouvoir législatif* »²¹⁷. La jurisprudence constitutionnelle italienne apporte encore de nombreux exemples où il est fait référence à l'intervention ultérieure du législateur pour mettre en œuvre la norme constitutionnelle programmatique. C'est pourquoi, la nécessité d'interventions législatives successives pourrait être considérée comme le critère d'identification de cette catégorie. Toutefois, il est difficile de se contenter de ce seul indice. D'ailleurs, la *Consulta* a parfois elle-même précisé que le fait qu'une production législative soit attendue pour concrétiser une norme constitutionnelle n'est pas systématiquement révélateur de son caractère programmatique. Par exemple, elle refuse ce caractère à l'article 33 de la Constitution²¹⁸, précisant que « *la norme prescriptive peut nécessiter d'être articulée par des dispositions ordinaires qui la mettent en œuvre* »²¹⁹. En l'espèce, afin de motiver le fait que la question soulevée devant la Cour était infondée, le défenseur invoquait le caractère programmatique de la norme constitutionnelle tirée de l'article 33 relatif à la gratuité de l'instruction. Celle-ci affirme pourtant que les normes qui indiquent une orientation à réaliser dans l'avenir ne sont pas nécessairement programmatiques. Pour elle, la clarté de la formulation de ces normes implique leur caractère prescriptif quand bien même ces normes nécessitent d'être articulées avec des normes d'application²²⁰.

À côté de l'objet et du destinataire de la norme, le *fait* pourrait aussi être envisagé comme un critère constitutif des normes constitutionnelles programmatiques. La Cour considère effectivement que la concrétisation de ces normes est « *subordonnée à l'existence de situations qui la permettent* »²²¹. Dans ce cas, cette catégorie de normes se distinguerait de l'ensemble des normes constitutionnelles par la relation particulière qu'elle entretient avec les éléments factuels tels que les disponibilités des finances publiques²²². Les normes constitutionnelles programmatiques étant indéterminées, leur portée peut être déterminée à partir d'une situation

²¹⁷ *Corte cost. sent. n° 199 du 3 juillet 1985, Giur cost.*, 1985, p. 1541.

²¹⁸ L'article 33 dispose que « *L'art et la science sont libres ainsi que leur enseignement. La République fixe les règles générales concernant l'instruction et crée des écoles publiques pour tous les ordres et tous les degrés. Les organismes et les particuliers ont le droit de créer des écoles et des instituts d'éducation, sans charges pour l'État. La loi, en fixant les droits et les obligations des écoles ne relevant pas de l'État qui demandent la parité, doit assurer à celles-ci une pleine liberté et à leurs élèves un traitement scolaire équivalent à celui des élèves des écoles publiques. Un examen d'État est institué pour l'admission aux divers ordres et degrés d'enseignement ou à la conclusion de ceux-ci et pour l'obtention des titres d'aptitude professionnelle. Les institutions de haute culture, les universités et les académies ont le droit de se donner des statuts autonomes dans les limites fixées par les lois de l'État* ».

²¹⁹ *Corte cost., sent n° 7 du 1^{er} février 1967, Giur. cost.*, p. 56, citée par la Cour constitutionnelle, sent. n° 1 du 15 janvier 1969, *Giur. cost.*, p. 1.

²²⁰ *Corte cost., sent n° 1 du 15 janvier 1969 précitée.*

²²¹ *Corte cost., sent n° 7 du 1^{er} février 1967 précitée.*

²²² Pour plus de développements sur ce point, nous renvoyons le lecteur au dernier chapitre de notre thèse relatif à l'influence des éléments factuels sur la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques.

factuelle qui lui est sous-jacente. La réalité des faits détient ainsi une place conséquente dans l'application de ce type de normes.

Il résulte donc de sa jurisprudence le fait que, malgré la distinction qu'elle opère au sein de cette catégorie, la Cour ne précise pas clairement le critère qui permet d'identifier une norme constitutionnelle comme étant programmatique, puisque la norme y sera intégrée tantôt suivant son objet, tantôt son destinataire, ou bien encore suivant son rapport aux faits. Elle reste sibylline sur ce qui caractérise véritablement ce concept si bien que l'on peine à trouver le critère qui unifie ce dernier²²³.

L'indétermination qui touche le concept de NCP est d'autant plus regrettable en Italie que le juge constitutionnel a, dès sa première décision, visé cette catégorie de normes. Au contraire, le juge constitutionnel français n'y fait toujours pas expressément référence, ce qui, en quelque sorte, justifie en partie la difficulté à l'identifier. En ce sens, puisque l'expression « norme constitutionnelle programmatique » reste exclue du vocabulaire du Conseil constitutionnel, il paraît logique que la recherche d'un critère constitutif de ce type de normes soit délicate en France. En revanche, puisque le juge constitutionnel italien utilise clairement cette expression depuis 1956, on aurait pu croire qu'il en préciserait distinctement les contours. Or, force est de constater qu'il demeure prudent à cet égard²²⁴.

La doctrine, ayant étudié les décisions de la Cour constitutionnelle italienne et du Conseil constitutionnel français, dénonce elle aussi la zone d'ombre qui entoure les éléments permettant d'identifier la norme constitutionnelle programmatique au sein des normes constitutionnelles. Une simple lecture de ses commentaires, tant en France qu'en Italie, nous mène à constater l'embarras que suscite la détermination des critères constitutifs de ce concept. En effet, plusieurs de ces

²²³ En outre, bien que le juge constitutionnel italien fasse référence à cette catégorie de normes, ce n'est que de manière générique, sans expliquer clairement ce qu'il convient d'entendre par « norme constitutionnelle programmatique ». En effet, lorsqu'il vise une telle norme dans ses considérants, ce n'est que pour affirmer que la norme qui est mise en cause en l'espèce est ou n'est pas programmatique. Ainsi, par exemple, dans sa première décision, la Cour constitutionnelle énonce pour la première fois son considérant de principe qui distingue les deux types de normes constitutionnelles suivant qu'elles sont programmatiques ou directement prescriptives, sans fonder cette distinction sur aucun critère particulier. Elle ne détermine pas non plus à laquelle de ces deux catégories appartient l'article 21 de la Constitution invoqué devant elle. La Cour justifie ce silence par le fait que cette distinction « est déterminante pour décider de l'abrogation ou non d'une loi, mais n'est pas décisive dans les contrôles de constitutionnalité ». *Corte cost.*, 14 juin 1956, précitée.

²²⁴ Par exemple, par sa décision n° 22 de 1967, le juge constitutionnel italien rejette la requête présentée devant lui au motif que la question soulevée « n'appartient pas au champ de compétences de la Cour, dont la fonction a pour objet le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi ». Toutefois, il était aussi soulevé devant lui le caractère programmatique de l'article 38 de la Constitution. Or, dans un contexte où le concept de NCP est devenu le « cheval de bataille » de la doctrine qui cherche à en préciser les contours, la Cour constitutionnelle, afin d'éclairer sur les éléments constitutifs de ce concept, aurait pu se prononcer sur l'existence du caractère programmatique de la norme constitutionnelle soulevée devant elle et, seulement après, rejeter la requête. C'était donc une opportunité pour elle d'affiner les contours de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. Mais, la Cour s'est abstenue de le faire. *Corte cost.*, n° 22 du 9 mars 1967, *Giur. cost.*, p. 164.

caractéristiques structurantes sont avancées sans qu'aucune n'emporte l'unanimité. En France, J.-J. Pardini considère qu'une telle norme indique « *aux autorités étatiques les objectifs qui méritent d'être poursuivis* »²²⁵. De l'autre côté des Alpes, V. Crisafulli estime qu'elle « *prévoit ce qui pourra ou devra être dans certaines hypothèses ou dans certaines matières* »²²⁶. Pour R. Bin, elle spécifie « *les fins ou les intérêts que l'activité subordonnée devra poursuivre ou privilégier* »²²⁷. G. Cassoni souligne la variété des critères d'identification tenant notamment tantôt au destinataire de la norme, tantôt à son objet²²⁸. Pour l'auteur, dans la première hypothèse, la norme constitutionnelle programmatique se distingue des autres en ce qu'elle s'adresse au législateur alors que les normes prescriptives comptent parmi leurs destinataires les citoyens et les juges. Par exemple, la liberté d'expression a pour destinataire son titulaire et le juge qui doit la garantir en cas d'atteinte excessive. En revanche le droit au travail s'adresse aux pouvoirs publics qui doivent mettre en œuvre une politique sociale de l'emploi. Dans la seconde hypothèse, l'objet de la norme programmatique porte sur les comportements publics alors que les autres normes ont pour objet les rapports privés²²⁹. Enfin, pour d'autres, il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que les ces normes se distinguent par la relation particulière qu'elles entretiennent avec les faits. C'est le cas de M. Gaslini pour qui « *l'élément le plus approprié, pour cerner la différence qui existe entre les normes programmatiques, y compris celles qui sont constitutionnelles, et les autres normes juridiques, résiderait dans la relation particulière que celles-ci instaureraient par rapport aux faits* »²³⁰. Ceux-ci, en raison notamment de l'imprécision de la norme, tiennent effectivement une place importante dans la reconstruction de la portée de la norme²³¹.

L'objet de la norme, son destinataire, son rapport avec les faits, autant d'éléments qui laissent à penser que la norme constitutionnelle programmatique est bien un concept aux contours flous, laissé dans cette obscurité aussi bien par le juge constitutionnel italien que par son homologue français. Toutefois, il semble qu'un critère puisse tout de même réunir l'ensemble des approches matérielles de ce concept : le critère lié à l'incomplétude de la norme.

²²⁵ PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, op. cit., p. 198.

²²⁶ CRISAFULLI (V.), *Costituzione e le sue disposizioni di principio*, op. cit., p. 50 et s.

²²⁷ BIN (R.), *Atti normativi et norme programmatiche*, op. cit., p. 179.

²²⁸ CASSONI (G.), « Norme programmatiche e norme precettive nella nuova costituzione, nelle discussioni e nella giurisprudenza del quinquennio », op. cit.

²²⁹ On sait toutefois que même les normes qui, en principe, n'appellent pas d'intervention législative pour être mises en œuvre peuvent posséder un caractère programmatique. Voir nos développements du chapitre précédent.

²³⁰ GASLINI (M.), *Sulla « struttura » degli enunciati costituzionali*, Milan, Giuffrè, 2002, p. 192. Sur ce point, V. Crisafulli ajoute que pour distinguer les normes constitutionnelles programmatiques des autres normes constitutionnelles, il faut identifier les raisons historiques, les critères intrinsèques et extrinsèques, vérifier les buts de la norme et le degré d'accord obtenu entre les différentes forces politiques présentes à l'Assemblée constituante. CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, op. cit.

²³¹ Sur le lien étroit unissant la norme constitutionnelle programmatique et le contexte factuel, nous renvoyons au dernier chapitre de la seconde partie.

2 - Un critère finalement identifié dans l'incomplétude de la norme

Un dénominateur commun à l'ensemble des approches matérielles du concept de norme constitutionnelle programmatique ressort tout de même de la jurisprudence constitutionnelle italienne et française²³². Celui-ci tient dans le caractère « incomplet » de la norme²³³.

Le terme *complet* a pour synonyme *exhaustif, parfait*. Ainsi, l'incomplet correspond à ce qui n'est pas exhaustif, à ce qui est imparfait. Le fait que ces normes ne soient pas d'application directe marque une carence de leur prescription, symptomatique de leur incomplétude²³⁴.

D'abord, cette carence est due au caractère *générique* de la norme programmatique. D'une part, elle exige pour sa mise en œuvre, pour son « *attuazione* » dira la doctrine italienne, la formulation d'une autre norme qui sera en mesure de résoudre un cas concret. L'imperfection de cette norme se manifeste alors par le fait qu'elle ne peut être utilisée comme prémisse majeure dans le syllogisme juridique. D'autre part, la manière de mettre en œuvre la norme programmatique est multiple. C'est-à-dire qu'elle n'a pas lieu d'une seule et unique façon, le législateur pouvant choisir de légiférer dans le sens d'une politique plutôt qu'une autre, sous réserve que son choix ne porte pas atteinte au programme constitutionnellement posé. La norme qui réalisera ce dernier peut ainsi intervenir de diverses façons. Son objet peut se cumuler avec celui d'autres mesures législatives, l'imprécision avec laquelle les normes programmatiques sont formulées faisant qu'elles ne sont pas mises en œuvre par un seul et unique texte de loi, mais par une pluralité de législations et de politiques publiques²³⁵.

Ensuite, une norme constitutionnelle programmatique est une norme à la prescription *défectueuse*²³⁶ en ce qu'elle n'identifie pas de façon exhaustive les faits qui conditionnent son application. Puisqu'il revient à la loi de déterminer les situations auxquelles cette norme s'applique ainsi que les conséquences de son application, la norme programmatique n'énumère

²³² CASSONI (G.), « Norme programmatiche e norme precettive nella nuova Costituzione... », *op. cit.*, p. 98.

²³³ Celle-ci n'est certes pas d'application directe, mais après que le législateur soit intervenu pour en déterminer les modalités de mise en œuvre, elle pourra s'appliquer à un contentieux. En outre, les éléments de fait contribuent, nous le verrons, à l'application des normes constitutionnelles programmatiques. Enfin, cette catégorie de normes ne s'adresse pas directement aux particuliers puisque son destinataire est la puissance publique, mais à travers cette dernière, la norme constitutionnelle programmatique pourra bénéficier aux particuliers. Autrement dit, la prise en compte des faits ou l'intervention du législateur completent, en quelque sorte, la norme afin de pouvoir l'appliquer.

²³⁴ On doit la théorie de l'incomplétude au mathématicien K. Gödel pour qui la démonstration de la validité d'une théorie pouvait passer par l'utilisation d'un moyen extérieur à la théorie elle-même, autrement dit, par l'usage d'un tiers exclu. Le formalisme ayant ses limites, un système se justifie dans ce cas par le biais d'un recours à un autre système, cette fois plus riche que le premier.

²³⁵ GUASTINI (R.), *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2^{ème} éd., Turin, Giappichelli, 2006, p. 38.

²³⁶ *Ibid.*

pas les exceptions dont elles peuvent faire l'objet et ne distingue pas les conséquences qu'elles génèrent.

Mais l'incomplétude de la norme n'a pas, ici, de connotation négative. Il est vrai qu'elle pourrait signifier le fait d'être en présence d'une norme « lacunaire ». Ce qui signifie qu'un vide existe dans l'ordonnement constitutionnel. Mais elle peut aussi vouloir dire que la norme est « floue », « nuancée ». Ce qui implique plutôt une norme au vaste champ, qui permet l'interprétation évolutive eu égard aux circonstances. Une norme qui rend possible « l'adaptation de l'ordonnement aux changements des faits sociaux »²³⁷.

En l'occurrence, dire qu'une norme constitutionnelle programmatique est marquée par l'incomplétude ne revient pas à adopter l'approche lacunaire de la norme, mais celle de son « contenu nuancé »²³⁸. Certes, certains pourraient objecter l'absence d'autonomie de cette norme et, partant, en déduire une carence de prescriptibilité. Nous verrons non seulement que ce raisonnement ne va pas de soi, mais surtout qu'il est infirmé par les juridictions constitutionnelles et par la doctrine italienne et française²³⁹. Dans l'immédiat, il faut relever que l'assimilation de cette incomplétude à un défaut de prescription se heurte déjà à un obstacle. En effet, les conséquences de l'incomplétude de la norme programmatique sont nécessairement à relativiser, puisque pareille norme prévoit en son sein sa complétude²⁴⁰.

²³⁷ GROPPI (T.), *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, 1997, Giuffrè, cité in PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait »...*, op. cit., p. 214. C'est d'ailleurs pourquoi les normes constitutionnelles programmatiques sont généralement associées à des normes dites « élastiques ». Cette élasticité permet aux Constitutions de prévoir l'adaptation sécurisée de l'ordonnement juridique aux nécessités de temps et de circonstances, aux mutations d'ordre éthico-social et économique. ROSSI (L.), « L' "elasticità" dello Statuto italiano », in *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Milan, 1941, p. 2, cité par GASLINI (M.), *Sulla « struttura » degli enunciati costituzionali*, op. cit. p. 195 ; CAMERLENGO (Q.), *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2002, p. 231 et s. Pour M. Gaslini, cette élasticité est liée à la nature programmatique des normes constitutionnelles d'ordre éthico-social et économique car leur prescription est moins parfaite que celle des autres normes constitutionnelles. GASLINI (M.), op. cit., p. 247. Dans le même sens, PERGOLESI (F.), « Rigidità ed elasticità della Costituzione italiana », *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 51. Ainsi, les constituants ont fait « un effort de donner de l'élasticité à la Constitution, en considérant quelques dispositions comme purement programmatiques eu égard à l'activité législative future... », de sorte à prévoir la possibilité pour l'ordonnement de s'adapter aux mutations des situations sociales. CHIARELLI (G.), *Elasticità della Costituzione*, Giuffrè, Milan, 1952.

²³⁸ GROPPI (T.), *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 247. L'auteur parle de « contenu nuancé de la norme constitutionnelle programmatique ». Il précise que « pour les normes au contenu vaste, nuancé, incomplet par manque de précisions, comme c'est le cas pour les normes constitutionnelles programmatiques, elles impliquent un type d'action marqué par une forme de discrétionnalité de la part des autorités ou organes auxquels revient la tâche, la compétence de leur mise en œuvre concrète ».

²³⁹ Cette analyse sera développée dans la seconde partie de notre thèse.

²⁴⁰ Les normes constitutionnelles programmatiques appellent une production normative de la part du législateur. Elles incitent à légiférer et, en ce sens, valorisent la fonction législative en mettant à la charge de cette dernière la mission de les rendre applicables. Sur ce dernier point, nous renvoyons à nos développements du second titre de cette partie, relatifs à l'identification des normes constitutionnelles programmatiques d'après leur fonction.

L'incomplétude implique ainsi qu'une norme complète la « prescription » de la norme programmatique pour permettre son application. Elle signifie aussi qu'il appartient au législateur de produire cette norme de complétude. Enfin, elle permet d'appliquer cette norme constitutionnelle en l'adaptant aux faits. Le critère de l'incomplétude de la norme renvoie donc bien à ceux liés à l'objet de la norme constitutionnelle programmatique, à son destinataire et à la relation qu'a ce type de normes avec les faits. C'est pourquoi, la « programmaticité » renvoie à l'incapacité de la norme à s'appliquer directement en raison de son incomplétude. Mais, si ce critère apparaît comme constitutif du concept de NCP, si de ce fait il peut servir de constante afin d'identifier cette catégorie de normes, il faut aussi tenir compte des variations dont il fait l'objet. La « programmaticité » se manifeste, en effet, de différentes façons.

2 § - Les manifestations de la « programmaticité »

Dans un article consacré aux normes constitutionnelles programmatiques et publié à l'occasion des cinquante ans de la Cour constitutionnelle italienne, S. Presta met en avant le fait qu'« *il revient à l'interprète la nécessité de démontrer quelles normes seraient directement applicables* »²⁴¹. Autrement dit, selon l'auteur, le principe serait l'absence d'application directe de ces normes. Ce qui pourrait signifier, *a contrario*, qu'il incombe à l'interprète de prouver qu'une norme n'est pas programmatique, l'absence d'application directe étant ce qui caractérise cette catégorie de normes. Il semble ainsi exister une sorte de présomption de programmaticité des normes constitutionnelles. L'exception serait alors que la norme constitutionnelle soit d'application directe et, par conséquent, non programmatique. Ce raisonnement confirme d'ailleurs le fait que les taxinomies classiques échouent à rendre compte de ce qu'est une NCP. Nous savons que les différentes catégories de garanties constitutionnelles correspondent, en effet, à autant d'objets juridiques qui sont régulièrement évoqués au titre de leur appartenance aux normes constitutionnelles programmatiques, mais dont la réunion n'explique pas ce qu'est cette catégorie de normes. Le caractère programmatique renvoie à l'ensemble des classes de garanties constitutionnelles²⁴². Il est parfois évident, comme pour les droits-créances ; parfois moins

²⁴¹ PRESTA (S.), « Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta », *50 anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana. Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, en l'hommage de P. Femia, Edition scientifique italienne, 2006, p. 361 et s, spécialement, p. 365.

²⁴² Nous avons déjà vu dans le chapitre précédent que la classification traditionnellement utilisée en droit constitutionnel ne permet pas de déterminer de manière satisfaisante les contours du concept de norme constitutionnelle programmatique. Il est en effet possible d'identifier des normes constitutionnelles comme étant programmatiques aussi bien dans les droits que dans les libertés, dans les droits-créances ainsi que parmi les droits-libertés, dans les garanties strictement tirées du texte constitutionnel et dans celles issues du pouvoir créateur du juge constitutionnel.

manifeste, comme pour les droits-libertés. Si bien que la « programmaticité » se présente de différentes manières, elle correspond ainsi à un critère variable.

On sait que la norme marquée par la « programmaticité » appelle l'intervention de la puissance publique pour permettre sa mise en œuvre. C'est pourquoi les droits-créances apparaissent prédisposés à rentrer dans le champ des normes constitutionnelles programmatiques²⁴³. Ils correspondent en cela à des normes dont la « programmaticité » est directe. Nous verrons qu'il existe aussi des normes constitutionnelles dont la « programmaticité » est indirecte (A) ainsi que d'autres dont la « programmaticité » est temporaire (B). Le caractère changeant de ce critère en montre ainsi les limites à pouvoir l'ériger comme fondement conceptuel de cette catégorie de normes et invite déjà à en envisager un autre, plus constant.

A – La « programmaticité » indirecte

La « programmaticité » peut effectivement n'être qu'indirecte. On l'a vu avec la liberté d'expression qui, si elle « *est un trait fondamental de la forme libérale de l'État* »²⁴⁴, possède indirectement un trait programmatique, alors même qu'elle est négative par nature²⁴⁵. Dès sa première décision, la Cour affirme que « *la norme qui attribue un droit n'exclut pas une réglementation de l'exercice de ce droit* »²⁴⁶ ; la norme relative à la liberté d'expression, ou le droit à l'expression libre, nécessite l'intervention du législateur pour en réglementer les modalités d'exercice. Par la suite, la Haute instance a eu l'occasion d'affirmer expressément le caractère programmatique de ce droit pourtant classiquement négatif²⁴⁷. Ainsi, la norme tirée de l'article 21 de la Constitution italienne est « *aussi programmatique, en ce que le principe général de la liberté de manifestation de la pensée et le principe selon lequel l'expression ne peut pas être assujettie à des autorisations ou à la censure apparaissent... comme liant le législateur futur* »²⁴⁸. Il s'agit d'une norme constitutionnelle indirectement programmatique en ce que, si initialement elle implique l'abstention de la puissance publique pour pouvoir être exercée, la Cour insiste aussi sur la charge pesant sur l'État d'organiser les moyens qui permettront son exercice effectif. Le fait que la Cour considère que « *la réglementation d'un moyen équivaut à la réglementation indirecte*

²⁴³ Voir Section 1 du chapitre précédent.

²⁴⁴ LUCIANI (M.), « La liberté d'information dans la jurisprudence constitutionnelle italienne », *op. cit.*, p. 359.

²⁴⁵ Sur l'aspect programmatique de la norme contenue dans la disposition constitutionnelle de l'article 21, voir notamment CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principi*, *op. cit.*, p. 102.

²⁴⁶ *Corte cost.*, *sent.* du 14 juin 1956, *op. cit.*

²⁴⁷ Elle juge en effet que « *cette norme [de l'article 21] est de nature programmatique et non prescriptive [...], elle lie le pouvoir législatif* » pour la concrétiser. *Corte cost.*, *sent.* n° 8 du 2 juillet 1956, *Giur. cost.*, p. 602 ; *Corte cost.*, *sent.* n° 105 du 15 juin 1972, *Giur. cost.*, p. 1196 ; *Corte cost.*, *sent.* n° 225 du 10 juillet 1974, *Giur. cost.*, p. 1775.

²⁴⁸ CRISAFULLI (V.), *op. cit.*, p. 102.

de la liberté qui s'exerce par son intermédiaire »²⁴⁹, fait donc indirectement de la norme relative à la liberté d'expression une norme constitutionnelle programmatique.

C'est aussi le cas de la norme relative au droit d'ester en justice, de se défendre et d'être indemnisé prévu dans la partie « Rapports civils » de la Constitution italienne et qui ne relève pas des droits-créances mais des droits-libertés. Ce droit est énoncé à l'article 24 de la Constitution selon lequel « *il est reconnu à tout individu le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes. La défense est un droit inviolable dans tous les états et à tous les degrés de la procédure. Les moyens d'ester et de se défendre devant toutes les juridictions sont assurés aux indigents par des institutions juridiques spécifiques. La loi détermine les conditions et les modalités de la réparation des erreurs judiciaires* ».

En 1969, la Cour constitutionnelle devait apprécier, au regard de l'article 24 précité, la constitutionnalité de l'article 571 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale italien prévoyant un dispositif relatif à la prison préventive et au droit d'être indemnisé reconnu aux victimes de fautes judiciaires condamnées par une sanction devenue irrévocable²⁵⁰. Toutefois, dans le but de soustraire cette disposition des fondements invocables lors d'un contrôle de constitutionnalité, la Cour de cassation a insisté sur le caractère programmatique de cette exigence constitutionnelle. Il est vrai, pourtant, que, depuis 1956, la Cour constitutionnelle italienne est compétente pour contrôler la constitutionnalité d'une loi sur le fondement d'une norme prescriptive comme sur celui d'une norme programmatique²⁵¹. Dès sa première décision, le juge constitutionnel a effectivement clairement affirmé que la nature programmatique de la norme constitutionnelle emporte des conséquences seulement en matière d'abrogation : celle-ci ne peut avoir lieu sur le fondement d'une telle norme²⁵². En revanche, qu'elle soit programmatique ou directement prescriptive, toute norme constitutionnelle peut servir de fondement à un contrôle de constitutionnalité. Cette jurisprudence est constante depuis plus de cinquante ans maintenant. C'est pourquoi, lorsque la Cour de cassation a soulevé le caractère programmatique de la norme constitutionnelle pour exclure la compétence de la juridiction constitutionnelle, celle-ci aurait pu se contenter de déclarer ce moyen inopérant. Au lieu de cela, elle a commencé par identifier l'article 24 relatif au droit d'ester en justice, et plus particulièrement son dernier alinéa portant sur l'indemnisation des victimes de fautes judiciaires, comme étant programmatique. Puis elle a rappelé son considérant de principe selon lequel la programmaticité de la norme n'exclut pas la possibilité d'effectuer un contrôle de constitutionnalité sur son fondement. Pour la Cour, en effet,

²⁴⁹ LUCIANI (M.), *ibid.*, p. 366.

²⁵⁰ *Corte cost., sent. n° 1 du 15 janvier 1969, Giur. cost.*, p. 1.

²⁵¹ *Corte cost., sent. n° 1 de 1956, op. cit.*

²⁵² Voir le titre 2 de la seconde partie relatif à l'abrogation d'une loi sur le fondement d'une norme constitutionnelle programmatique.

cette disposition constitutionnelle « s'adresse au législateur [...], elle lui prescrit la réalisation d'un certain but et pour cela l'adoption d'une réglementation conforme au principe affirmé [par cette disposition] et apte à le rendre effectif »²⁵³. Or, un article de la Constitution ayant valeur programmatique « impose au législateur d'intervenir pour garantir le droit »²⁵⁴ qu'il énonce. La Cour constitutionnelle confirme donc, ici, le caractère programmatique du dernier alinéa de l'article 24 précité qui, selon les termes de la Cour, opère « renvoi [...] à la loi ordinaire [pour] régler les "conditions" et les "manières" spécifiques pour l'exercice du droit à la réparation des fautes judiciaires »²⁵⁵. Puis, conformément à sa jurisprudence, elle affirme qu'« une telle nature du principe énoncé à l'article 24 n'empêche pas l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité »²⁵⁶. Ainsi, le droit d'ester en justice prévu à l'article 24, bien qu'étant un droit-liberté qui appartient à la partie « Rapports civils » de la Constitution italienne, possède indirectement un caractère programmatique à travers son dernier alinéa²⁵⁷. Il est ainsi revêtu d'une « programmaticité » indirecte.

De manière similaire, le Conseil constitutionnel français contribue lui aussi à éclairer la nuance existant autour de ce critère constitutif des normes constitutionnelles programmatiques. Par exemple, interrogé sur la constitutionnalité d'une loi de 2007 dite « Télévision du futur », il met en évidence le fait que le dispositif, sur lequel il est amené à se prononcer, est de nature à favoriser la liberté d'expression et le pluralisme, car il facilite l'accès du plus grand nombre de téléspectateurs aux programmes toujours plus différents²⁵⁸. Or, à première vue, la liberté d'expression, qui implique qu'il n'y ait pas d'immixtion abusive de l'État dans la sphère d'autonomie de l'individu, ne semble pas empreinte de « programmaticité ». Pourtant, même s'il est vrai que le principe demeure l'abstention de l'État, la mise à disposition, pour toute personne, de moyens concrets permettant d'exercer réellement cette liberté est garantie par l'intervention des pouvoirs publics. L'effectivité de la libre expression implique ainsi la réalisation d'outils permettant de s'exprimer librement. Par exemple, un de ces outils peut consister en la création de

²⁵³ *Corte cost.*, sent. n° 1 du 15 janvier 1969 *op. cit.*

²⁵⁴ Par exemple, *Corte cost.*, sent. n° 105 du 16 avril 1985, *op. cit.* Le fait que la Cour affirme que la norme constitutionnelle programmatique impose au législateur une action permettant de garantir une exigence constitutionnelle soulève la question des omissions législatives. Cette hypothèse relative à l'inaction du législateur sera étudiée dans la seconde partie lorsque l'on abordera les effets juridiques que les normes constitutionnelles programmatiques produisent.

²⁵⁵ *Corte cost.*, sent. n° 1 du 15 janvier 1969, précitée.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Plus précisément, ce sont les moyens qui permettent son exercice qui sont pourvus de « programmaticité ». Comme le précise M. Luciani, « il n'a pas échappé à la Cour que la réglementation d'un moyen équivaut à la réglementation indirecte de la liberté qui s'exerce par son intermédiaire ». *Op. cit.*, p. 366. L'auteur fait ici référence aux décisions *Corte cost.*, sent. n° 94 du 30 mai 1977, *Giur. cost.*, p. 735 et *Corte cost.*, sent. n° 12 du 12 mars 1965, *Giur. cost.*, p. 106.

²⁵⁸ Cons. const., décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Télévision du futur*, *Rec.*, p. 81, *RFDC*, n° 71, 2007, p. 588 et s., note ALCARAZ (H.).

nouveaux programmes dont la diversité participe justement à mettre en œuvre la liberté d'expression²⁵⁹. Dans ce cas, indirectement, la norme (idéalement posée), bien que relative à une liberté, ne se suffit pas à elle-même (dans la réalité). Elle est donc indirectement programmatique.

Ainsi, en France comme en Italie, on observe que la « programmaticité », fondement conceptuel de la catégorie NCP, peut être indirecte : si elle ne ressort pas immédiatement des énoncés qui véhiculent ce type de normes, les juridictions constitutionnelles prennent acte du fait que la réalité des choses l'impose. Après avoir montré que la « programmaticité » n'est pas un élément structurant homogène en ce qu'elle ne s'identifie pas forcément directement, nous devons poursuivre notre analyse en envisageant, cette fois, l'hypothèse d'une « programmaticité » temporaire.

B – La « programmaticité » temporaire

L'approche de la « programmaticité » amène à identifier un autre aspect de cet élément constitutif du concept de NCP, puisque la « programmaticité » peut aussi être temporaire. Cette nouvelle facette de ce critère structurant trouve particulièrement à s'illustrer avec les normes relatives aux institutions de la République.

Comme l'énonce V. Crisafulli au sujet des garanties institutionnelles prévues par la Constitution italienne, « *du point de vue de leur aptitude à régler différemment les matières qui en sont l'objet, et donc, de donner vie réellement aux organes ou aux institutions [...] qu'elles tendent directement à réaliser, les règles en question se placent en un certain sens à côté de celles programmatiques* »²⁶⁰.

C'est d'ailleurs pour cela que la Constitution italienne est parfois qualifiée d'inachevée, les dispositions qu'elle prévoit n'accédant à leur concrétisation que dans la durée²⁶¹. Raison pour laquelle le Parlement italien a essuyé des critiques portant sur le retard avec lequel il permit l'application de ces normes²⁶². En effet, alors que leur existence était prévue dans la norme

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni...*, op. cit., p. 53.

²⁶¹ C'est le cas de la politologue G. Biles, citée in FORO (P.), *Les transitions italiennes : de Mussolini à Berlusconi*, L'Harmattan, 2004, p. 81.

²⁶² En ce sens, il fut accusé de ne pas prendre au sérieux les prescriptions fondamentales. La doctrine italienne reprochera d'ailleurs au parlement comme au gouvernement d'avoir empêché la Constitution de « *finir de naître* », menant une « *bataille pour la réalisation de la Constitution* ». Voir CALAMANDREI (P.), *La Costituzione e le leggi per attuarla ...*, op., cit., p. 25. L'auteur précise que « *pour mieux entendre les aspects techniques de ce phénomène singulier de non-accomplissement constitutionnel selon lequel le Parlement et le Gouvernement se sont jusqu'à présent refusés de faire tout ce qu'ils devaient pour aider la Constitution à finir de naître, il est opportun de revenir sur cette distinction [...] entre règles prescriptives et règles programmatiques : qui a été ces années, dans la doctrine et dans le droit, un des champs préférés de cette polémique qu'on pourrait appeler la "bataille pour la réalisation de la Constitution"* ».

supérieure entrée en vigueur en 1948, la Cour constitutionnelle (article 137) ne fut instituée par la loi qu'en 1955, le Conseil national de l'Économie et du Travail (article 99) en 1957 et le Conseil supérieur de la magistrature (articles 104 et 108) en 1958. Quant aux régions, leur création s'est faite en plusieurs étapes. De 1945 à 1953 furent constituées cinq régions à statut spécial, puis en 1970, quinze régions à statut ordinaire.

Le caractère temporaire revêtu par la « programmaticité » des normes institutionnelles s'illustre particulièrement à travers l'article 137 de la Constitution italienne relatif à la mise en place de la Cour constitutionnelle. Aux termes de cette disposition, « *Une loi constitutionnelle fixe les conditions, les formes, les délais d'introduction des recours en inconstitutionnalité, ainsi que les garanties d'indépendance des juges de la Cour. Une loi ordinaire fixe les autres dispositions nécessaires pour la constitution et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle...* ». Ainsi, pour mettre en œuvre les dispositions relatives à la compétence²⁶³, à la composition²⁶⁴ et aux effets des décisions de la Cour constitutionnelle, la Charte renvoie à l'entrée en vigueur d'une loi constitutionnelle et d'une loi ordinaire. Mais, bien que la Constitution ait été adoptée en 1948, il a fallu attendre 1956 pour que la Cour constitutionnelle soit instituée par le législateur ordinaire et rende sa première décision. Il a donc fallu huit années pour que cette norme constitutionnelle marquée par la « programmaticité » soit traduite dans la réalité concrète²⁶⁵. La lenteur avec laquelle la prescription de l'article 137 a été appliquée a d'ailleurs été critiquée par certains pour qui « *le nouveau Parlement aurait dû s'occuper de perfectionner la partie organisatrice et structurelle de la Constitution* »²⁶⁶, et, en particulier, « *donner vie (...) à la Cour constitutionnelle* »²⁶⁷.

Dans ces cas de figure, la norme fondamentale porte sur un objet bien plus précis qu'une prestation sociale ou que le bénéfice d'un droit particulier. De telles normes prévoient la création d'une institution, laquelle est attendue. Ses compétences et sa composition sont déterminées dans la Charte fondamentale. Seul le nécessaire relais du législateur pour les réaliser les maintient dans ce qu'il est possible d'appeler un « espace de suspension ». En cela, la norme constitutionnelle est programmatique tant que l'intervention législative de concrétisation n'a pas eu lieu pour « donner

²⁶³ Article 134 de la Constitution.

²⁶⁴ Article 135 de la Constitution.

²⁶⁵ On donnera aussi comme exemple l'article 99 de la Constitution qui prévoit que « *le Conseil national de l'économie et du travail est formé, selon les modalités fixées par la loi... Il est un organe de consultation des Chambres et du Gouvernement pour les matières et selon les fonctions qui lui sont attribuées par la loi...* ». Ainsi, pour la mise en œuvre de cette institution, la Constitution renvoie à la loi, illustrant là encore une certaine « programmaticité » de la norme.

²⁶⁶ CALAMANDREI (P.), *La Costituzione e le leggi per attuarla*, op. cit., p. 23. Sur un article mettant particulièrement en évidence le retard dans la mise en place de la Cour constitutionnelle italienne, voir FERRARI (G.), « *La difficile nascita della Corte costituzionale* », 1956-2006, *Cinquant'anni della Corte costituzionale*, tome 2, Corte costituzionale, Roma 2006, II, p. 1274 et s.

²⁶⁷ *Ibid.*

naissance » à l'objet de la norme. C'est donc une « programmaticité » « éphémère » ou « temporaire ». Elle rend compte d'une norme changeante, devenant prescriptive d'application immédiate dès l'entrée en vigueur de la loi portant sur l'organisation de l'institution. Par exemple, en 1955, l'institution de la juridiction constitutionnelle italienne fait perdre à la norme constitutionnelle relative à l'article 137 son caractère programmatique. En revanche, les autres normes constitutionnelles programmatiques, telles que celles qui sont relatives à une prestation sociale impliquent une succession de dispositifs législatifs qui tendent toujours vers une meilleure concrétisation, sans pour autant que la concrétisation puisse pleinement être réalisée. Par exemple, la politique sociale de l'emploi ne permettra jamais que toute personne bénéficie d'un emploi. Ce qui distingue ces normes des normes à la programmaticité temporaire dont l'objet peut, lui, être totalement concrétisé. Dans ce cas, la « programmaticité » peut ne pas être un élément structurel définitif. Elle doit plutôt s'appréhender comme un caractère évolutif, qui, finalement, se perd dès la concrétisation entière de la norme. La « programmaticité » est en quelque sorte « graduelle dans le temps ».

Dès lors, comme le souligne, en France, B. Henry-Menguy, ce type de norme constitutionnelle programmatique fait des Constitutions des « *programmes institutionnels à mettre en œuvre* »²⁶⁸. Dans le même sens, avant elle, P. Calamandrei considérait que « *la Constitution renonce non seulement à régler avec une efficacité immédiate toute la partie des rapports éthico-sociaux et économiques, lesquels se limitent à tracer un programme à longue échéance, mais aussi [...] la partie relative à l'organisation [...] qui se limite à en tracer les desseins, en déférant au Parlement le devoir de traduire ceux-ci en constructions concrètes* »²⁶⁹.

Le caractère temporaire de cette programmaticité est lié au contexte politique que connaît l'État dont la Constitution est l'acte politique. Ces normes constitutionnelles programmatiques relatives aux institutions rendent compte d'un État qui, au moment constituant, souhaitait abandonner un régime politique (le plus souvent autoritaire) pour en adopter un autre (le plus souvent démocratique). Les programmes institutionnels inscrits dans la Constitution permettent alors de réaliser ce passage et de consolider le nouveau régime par la mise en place d'institutions démocratiques. Une fois les objectifs institutionnels atteints, après que les nouvelles institutions aient été réalisées, les normes qui prévoient ces programmes perdent donc leur

²⁶⁸ Par opposition aux normes constitutionnelles programmatiques relatives aux droits économiques et sociaux qui eux font des Constitutions un programme social à réaliser. Sur ce point, nous renvoyons le lecteur aux développements de B. Henry-Menguy relatifs à la Constitution en tant que programme institutionnel à mettre en œuvre, *L'obligation de légiférer en France. La sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 248 et s.

²⁶⁹ CALAMANDREI (P.), *La Costituzione e le leggi per attuarla*, *op. cit.*, p. 11.

« programmaticité ». La concrétisation achevée de ces normes retire ainsi leur caractère programmatique.

Enfin, ce fondement structurel du concept de NCP - pouvant être tantôt indirect, tantôt temporaire - se manifeste donc bien de différentes manières. C'est pourquoi, si l'identification de cet élément constitutif nous permet une certaine appréhension de ce concept, elle échoue, à elle seule, à en déterminer clairement les contours. En effet, de manière variable, suivant une gradation de la « programmaticité », ce critère semble pouvoir être partagé par l'ensemble des normes constitutionnelles. C'est pourquoi, ce fondement conceptuel doit être complété par un autre critère constitutif que l'on identifie comme étant l'orientation axiologique de la norme.

SECTION 2

LE CRITÈRE DE LA PORTÉE AXIOLOGIQUE, UN FONDEMENT CONCEPTUEL PARTAGÉ

Il ressort des analyses juridiques que les normes constitutionnelles programmatiques sont souvent associées aux principes juridiques, même si ces deux types de normes ne sont pas totalement identiques²⁷⁰. Ainsi, un des premiers traités sur la notion, tout en s'intitulant *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, consacre une grande partie de ses développements au concept de NCP²⁷¹. Celui-ci, nous le verrons, transpose effectivement dans le système normatif des exigences axiologiques. Ces dernières constituent à côté de la « programmaticité » un autre fondement conceptuel qui contribue à la compréhension de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. Nous verrons avant tout que la reconnaissance de valeurs dans l'ordre constitutionnel est caractéristique du modèle axiologique de Constitution (§1). L'absence de neutralité axiologique de la Constitution admise, il sera possible de constater que la catégorie des normes incomplètes, à laquelle correspond celle des normes constitutionnelles programmatiques ainsi que celle des principes constitutionnels, est le lieu d'expression de ces valeurs. Parce que résultat d'un compromis idéologique, ces normes véhiculent une pluralité de valeurs concurrentes. Principes et normes constitutionnelles programmatiques correspondent, en ce sens, à une cristallisation juridique des valeurs fondamentales de la société qui se développent à mesure que ces normes sont appliquées. Ce qui implique que, si ces normes programmatiques ont une portée axiologique, cette caractéristique ne peut rendre compte d'un élément structurant exclusif à cette catégorie de normes, puisque les principes constitutionnels sont, eux aussi, revêtus de cette spécificité (§2).

²⁷⁰ Normes principes et normes constitutionnelles programmatiques se distinguent sur différents points, notamment quant à leur « applicabilité ». Les normes-principes sont des normes juridiques directement applicables par le juge, soit comme guide d'interprétation, soit comme norme dont est tirée une règle applicable à un cas concret. C'est par exemple le cas de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution qui fixe le principe d'application directe de l'interdiction de la discrimination. En revanche, les normes programmatiques ne s'appliquent en principe pas directement. Elles servent de guide au législateur. Par exemple, l'article 4 de la Constitution ne fonde pas un droit à avoir un emploi invocable devant le juge. Cette disposition ne garantit pas l'occupation par tout individu d'un travail ni sa conservation. Pour une confrontation de ces deux catégories de normes, voir notamment CRISAFULLI (V.), *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, *op. cit.*

²⁷¹ CRISAFULLI (V.), *Ibid.*

1 § - Une caractéristique du modèle axiologique de Constitution

Dérivé du grec « axio » qui signifie « qui vaut, qui a de la valeur »²⁷², l'axiologie renvoie donc à la notion de valeur. Le fait que les normes constitutionnelles programmatiques soient des normes axiologiques implique qu'elles comportent des éléments pouvant faire l'objet d'appréciations – des valeurs – à même de guider leur interprétation. Mais cette affirmation suppose avant toute chose que l'ordonnement constitutionnel soit le lieu d'expression de valeurs. Ce qui suscite traditionnellement les craintes du juriste positiviste²⁷³. Norme et valeur seraient incompatibles²⁷⁴. Pourtant, une lecture des décisions de la Cour constitutionnelle italienne et du Conseil constitutionnel français permet d'identifier une pluralité de valeurs dans l'ordre constitutionnel (A). Elles rendent compte d'objectifs supérieurs à développer qui s'expriment à travers les normes constitutionnelles programmatiques, ce qui confère à ces dernières une réelle portée axiologique (B).

A - L'identification des valeurs dans la jurisprudence constitutionnelle

Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle française que juge fait expressément référence à la notion de valeur, bien que ce soit de manière assez générique. En ce sens, le Conseil constitutionnel utilise généralement des formules standards telles que « principe de valeur constitutionnelle », « objectif de valeur constitutionnelle » ou « ayant valeur constitutionnelle ». Il considère par exemple que l'égalité, la laïcité, la démocratie, la liberté d'expression, l'environnement ou la dignité humaine ont valeur constitutionnelle.

²⁷² LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 2006.

²⁷³ Par exemple, C. Perelman s'interroge sur la manière d'« éviter l'arbitraire quand il s'agit d'apprécier des valeurs d'ordre social ou moral ? ». PERELMAN (C.), « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 363. Plus vindicatif, C. Schmitt dénonce la tyrannie des valeurs. Selon l'auteur, alors que les normes sont appliquées, « les valeurs sont instaurées et imposées ». SCHMITT (C.), « La tirannia dei valori », *Rass. Dir. Pubb.*, 1970, p. 24.

²⁷⁴ En effet, pour certains, les valeurs seraient plutôt des « entités différentes, irréductibles au normatif, au monde des normes ». Voir MODUGNO (F.), « Il problema dei limiti alla revisione costituzionale », *Giur. Cost.*, 1992, p. 1673. Cette récusation se fonde principalement sur la crainte d'une référence à ce qui relève de l'ordre du métaphysique et non plus du juridique. Pour d'autres, reconnaître l'existence de ces valeurs « ne signifie nullement que l'ordre juridique positif informé par une telle axiologie constitutionnelle tend à céder à un jusnaturalisme dans lequel les valeurs trouveraient leur propre origine ». PIERRÉ-CAPS (S.), « La Constitution comme ordre de valeur », *Mélanges en l'honneur de D.-G. Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p. 283 et s., spécialement p. 287. Il ne s'agit pas de déterminer si, en tant que supports de valeurs, les normes constitutionnelles seraient issues du droit naturel ou du droit positif. Au lieu de raisonner par opposition, cette question appelle au contraire un compromis. Savoir si les valeurs ouvrent les Constitutions modernes au droit naturel, ou, au contraire, s'il est possible de les incorporer intégralement aux catégories du positivisme juridique, reste un questionnement inépuisable voir insoluble si ces interrogations « sont placées dans une logique rigide de l'ou-ou ». ZAGREBELSKY (G.), *Il diritto mite, op. cit.*, p. 112.

On peut comprendre ces expressions comme faisant référence à la force normative du précepte qualifié, par exemple, de « principe de valeur constitutionnelle ». Mais il est aussi possible de comprendre que c'est « l'égalité » ou « la laïcité » qui, en elles-mêmes, sont des valeurs que la Constitution protège. Autrement dit, sous cet angle, le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence de ces valeurs garanties par la Constitution française. Mais cette reconnaissance reste implicite. Pour apprécier une loi, le juge constitutionnel français ne fait effectivement pas référence aux « valeurs », mais uniquement à la Constitution. Par exemple, ce n'est pas à la valeur « laïcité » que le juge se réfère pour apprécier la constitutionnalité d'une disposition de loi qui autorise l'État à financer les établissements scolaires privés, mais au principe de laïcité²⁷⁵. Pourtant, les requérants soutenaient que pareils financements d'organismes privés rattachés à des associations culturelles portaient atteinte à l'article 2 de la Constitution aux termes duquel « *La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion...* ». Ils invoquaient notamment le fait que ces financements organiseraient l'enrichissement de personnes privées qui ne sont pas soumises aux exigences de la laïcité. Toutefois, le Conseil constitutionnel se fonde seulement sur le principe tiré de l'article 2 ainsi que de l'alinéa 13 du Préambule de 1946 confirmé par celui de la Constitution de 1958 aux termes duquel « *L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* », sans évoquer expressément la notion de « valeur laïcité ». En ce sens, le juge constitutionnel français observe traditionnellement une certaine retenue puisqu'il ne consacre pas en tant que telle une valeur, mais préfère, à cet égard, s'appuyer sur une disposition dont il reconnaît la valeur constitutionnelle.

En revanche, de l'autre côté des Alpes, le juge constitutionnel reconnaît expressément l'existence de valeurs dans l'ordre constitutionnel italien. À cet égard, il convient de citer tout particulièrement trois décisions de la Cour qui, tout en faisant référence aux valeurs constitutionnelles, portent sur des questions primordiales qui fondent le contentieux constitutionnel italien.

D'abord, la décision n° 16 de 1978²⁷⁶ dans laquelle la Cour établit les critères de recevabilité des demandes de référendum abrogatif d'initiative populaire. À cette occasion, elle énonce qu'« *existent en effet des valeurs d'ordre constitutionnel [...] à défendre* »²⁷⁷. Plus tard, la Cour constitutionnelle se fonde sur la nécessité de garantir les principes exprimant ces valeurs constitutionnelles pour justifier l'institution du contrôle des lois de révision constitutionnelle. Ces dernières ne peuvent pas déroger au contenu essentiel de ces principes. La Cour justifie d'ailleurs

²⁷⁵ Cons. Const., décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. p. 9.

²⁷⁶ Corte cost., sent. n° 16 du 2 février 1978, *Giur. cost.*, p. 79.

²⁷⁷ *Ibid.*

la supériorité de ces principes par le fait qu'ils « *appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne* »²⁷⁸. Enfin, dans la décision n° 89 de 1996, la Cour constitutionnelle précise que le contrôle de constitutionnalité est lié au « *principe général de conservation des valeurs juridiques* »²⁷⁹.

La Cour constitutionnelle italienne reconnaît donc bien l'existence de valeurs constitutionnelles. En outre, contrairement au Conseil constitutionnel français, elle les identifie expressément. Par exemple, la laïcité, reconnue comme principe de valeur constitutionnelle par ce dernier²⁸⁰, est clairement identifié par la Cour constitutionnelle italienne comme étant une « *valeur suprême* » de l'ordre constitutionnel italien²⁸¹.

Non seulement la Cour reconnaît expressément l'existence de valeurs constitutionnelles, mais elle affirme aussi clairement que ces dernières réclament sa protection. La Cour considère effectivement que les valeurs constitutionnelles sont liées aux normes constitutionnelles, la supériorité de ces dernières se justifiant par leur appartenance aux valeurs qui fondent la Constitution. C'est pourquoi garantir les normes constitutionnelles implique de garantir les valeurs dont elles sont porteuses²⁸².

Il n'est d'ailleurs pas rare que la Cour constitutionnelle rappelle l'obligation qui lui incombe de garantir les valeurs constitutionnellement protégées. C'est le cas, par exemple, de celle du pluralisme²⁸³ que la Cour reconnaît comme étant une « *valeur fondamentale* »²⁸⁴ à laquelle elle

²⁷⁸ *Corte cost., sent.*, n° 1146 des 15 et 29 décembre 1988, *Giur. cost.* p. 5565.

²⁷⁹ *Corte cost., sent.*, n° 89 des 25 et 28 mars 1996, *Giur. cost.*, p. 819.

²⁸⁰ En France, la laïcité correspond à un principe tiré de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 et du treizième alinéa du Préambule de la Constitution 1946. Aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion...* ». Aux termes de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 confirmé par celui de la Constitution de 1958 : « *L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ».

²⁸¹ *Corte cost., sent.* n° 203 du 12 avril 1989, *Giur. cost.*, p. 890. La Cour déclare que la laïcité de l'Etat implique non pas l'indifférence devant les religions, mais la garantie du maintien de la liberté religieuse dans un régime de pluralisme culturel et confessionnel. Elle reconnaît la valeur suprême qu'est la laïcité à partir des articles 7, 8, 19 et 20 de la Constitution. De cette manière elle donne une signification particulière à cette valeur. À travers les articles 19 et 20, la laïcité renvoie au respect de la liberté individuelle de conscience et au pluralisme culturel et religieux. A travers les articles 7 et 8, elle implique une exigence de neutralité de l'Etat vis-à-vis des religions. Il résulte de ces différents fondements de la laïcité que cette valeur manifeste d'une part, la distinction entre l'Etat et les confessions, d'autre part, la difficulté de séparer la religion de la culture.

²⁸² *Corte cost., sent.*, n° 1146 des 15 et 29 décembre 1988, *op. cit.* Comme le souligne A. Spadaro, « *le droit [...] est une "science sociale pratique" qui – à la différence des sciences naturelles [...] et formelles [...] – opère justement, que cela plaise ou non, par l'entremise des valeurs* ». SPADARO. (A), *Contributo per una teoria della costituzione, I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milan, Giuffrè, 1994, p. 165.

²⁸³ *Corte cost., sent.*, n° 826 des 13 et 14 juillet 1988, *Giur. cost.* p. 3893. Dans ce souci de préservation, la Cour constitutionnelle italienne censure toute mesure susceptible d'engendrer la centralisation de cette activité et de créer une situation de monopole privé.

²⁸⁴ *Corte cost., sent.*, n° 826, *op. cit.* La Cour constitutionnelle estime en effet qu'elle doit permettre « *la garantie effective de la valeur fondamentale du pluralisme* ».

doit assurer une « garantie effective ». Plus récemment, la Cour constitutionnelle italienne identifie l'eau comme une valeur constitutionnelle à garantir²⁸⁵.

En outre, les valeurs constitutionnelles reconnues par la Cour constitutionnelle et devant être garanties sont marquées par la diversité. Celles-ci couvrent des concepts hétérogènes. Parfois, la Cour vise simplement les « valeurs », comme par exemple les « *valeurs de la liberté religieuse* »²⁸⁶. Mais, parfois, elle qualifie ces valeurs de « personnelles » ou de « fondamentales » et « suprêmes ». C'est le cas de la santé qui appartient aux « *valeur(s) personnelle(s)* »²⁸⁷ garanties par la Constitution. C'est aussi le cas de ce que la Cour reconnaît comme étant des « *valeurs fondamentales de liberté et de dignité de la personne* »²⁸⁸, la « *valeur fondamentale du pluralisme* »²⁸⁹ ou des « *valeurs constitutionnelles suprêmes dont l'activité administrative doit s'inspirer* »²⁹⁰... À mesure de sa jurisprudence qui identifie les valeurs constitutionnelles à protéger, le juge constitutionnel italien établit ce qu'il appelle une « *échelle des valeurs constitutionnelles* »²⁹¹.

B – Des objectifs supérieurs à développer

Les juridictions constitutionnelles italienne et française reconnaissent donc - précisément dans un cas, de manière implicite dans l'autre - l'existence de valeurs dans l'ordre constitutionnel et la nécessité de les protéger. De cette manière, le Conseil constitutionnel ainsi que la Cour constitutionnelle optent pour le modèle axiologique de Constitution. Il existe deux façons d'envisager la Constitution : suivant le modèle descriptif ou suivant le modèle axiologique. Une

²⁸⁵ *Corte cost., sent. n° 273 du 22 juillet 2010, Giur. cost., p. 3349.*

²⁸⁶ *Corte cost., sent. n° 203 du 11 avril 1989, op. cit.*

²⁸⁷ *Corte cost., sent. n° 561 du 10 décembre 1987, Giur. Cost., p. 3539.* C'est le cas de la santé qui est une « *valeur personnelle garantie par la Constitution* ». À cette occasion, le juge constitutionnel évoque les « *valeurs fondamentales de la liberté et de la dignité de la personne* ».

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Corte cost., sent., n° 826 des 13 et 14 juillet 1988, op. cit.*

²⁹⁰ *Corte cost., sent. n° 298 du 19 décembre 1986, Giur. Cost., p. 2400 ; Corte cost., sent. n° 1108 du 12 décembre 1988, Giur. Cost., 1988, p. 5382.* En l'espèce, le juge constitutionnel évoque un « *principe destiné à garantir le respect de valeurs suprêmes, situées au niveau des normes de rang constitutionnel ou d'application immédiate de la Constitution* ».

²⁹¹ *Corte cost., sent. n° 273 du 7 juillet 2010, op. cit.* Nous ne faisons pas référence à une quelconque hiérarchie existant au sein des normes constitutionnelles, ce qui n'est pas l'objet de notre propos. Il s'agit simplement de montrer que la Cour constitutionnelle italienne reconnaît expressément l'existence de différentes valeurs dans l'ordonnement constitutionnel. Nous n'aborderons donc pas l'idée délicate de hiérarchie des valeurs constitutionnelles, pour laquelle la doctrine marque un profond désaccord. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à des études spécifiques. Citons par exemple S. Fois qui partage la thèse d'une possible hiérarchisation des valeurs dans la Charte fondamentale italienne. Voir en ce sens FOIS (S.), « "Ragionevolezza" e "valori": interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto », *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1994, p. 112. Pour un avis contraire, voir notamment MODUGNO (F.), « I principio costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale », *In Principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1991, p. 257 et s.

Constitution descriptive, selon la conception « kelsennienne », correspond aux règles qui organisent la création de normes juridiques. C'est « *l'idée de principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier [...], la norme qui règle l'élaboration de la loi, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques* »²⁹². Sous cet angle, la Constitution ne correspond pas à une norme porteuse de valeurs. Elle est axiologiquement neutre. Sa supériorité n'est pas la conséquence de son contenu ; elle est due au fait qu'elle sert de fondement de validité juridique à d'autres normes. Pour Kelsen, plus la Constitution renvoie à des valeurs, plus elle permet aux juges de s'immiscer dans le contenu de la loi. Ce qui implique d'adopter le modèle descriptif de Constitution car, sinon, les valeurs étant relatives, le jugement opéré par les juges finirait par s'imposer à la majorité populaire.

En revanche, suivant le modèle axiologique de Constitution, celle-ci ne peut correspondre seulement à un agencement de compétences. Elle est la norme supérieure de l'ordonnement juridique car, en substance, elle contient des principes et valeurs qui correspondent aux conditions des droits. Elle impose au législateur des fins. C'est cette conception de la Constitution qu'adoptent donc les juridictions constitutionnelles italienne et française lorsqu'elles élèvent les valeurs au rang supérieur de l'ordre juridique.

Ces valeurs sont le reflet d'une époque. Ce faisant, elles colorent l'ordonnement constitutionnel national selon les préoccupations dominantes du moment. Une des caractéristiques du constitutionnalisme postérieur à la seconde guerre mondiale est la consécration de la dignité humaine et de la démocratie en tant que noyau axiologique constitutionnel. Du compromis obtenu entre différentes idéologies politiques, il résulte que « *nos systèmes juridiques ne sont pas des systèmes éthiques unitaires (...); ils ne se fondent pas sur un unique postulat éthique, ou sur un groupe de postulats cohérents, mais ils sont des systèmes à plusieurs valeurs et ces valeurs sont souvent antinomiques entre elles, comme (...) celle de la liberté individuelle et de la justice sociale* »²⁹³. Ces valeurs sont l'expression de la moralité majoritaire, d'idéaux dominants dans une communauté à un moment de l'histoire dans lequel se situe la Constitution. Elles ont été acceptées au moment constituant, et révèlent, de ce fait, leur lien avec une idéologie située dans le temps dont elles sont autant d'illustrations. Dans l'accord politique duquel résultent les Constitutions, les parties ont fait des valeurs leurs « *objectifs les plus élevés en vue de leur développement futur par l'ordonnement juridique* »²⁹⁴. Dès lors, les valeurs manifestent des situations qui se placent à

²⁹² KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle des Constitution (La justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, p. 199.

²⁹³ BOBBIO (N.), « Des critères pour résoudre les antinomies », *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., 1998, p. 91.

²⁹⁴ PIERRE-CAPS (S.), *op. cit.*, p. 288.

la limite entre le droit et la politique²⁹⁵. C'est donc logiquement que la forme programmatique - outil utilisé stratégiquement par les forces politiques - est celle qui rend possible l'expression de ces valeurs. L'imprécision due à l'incomplétude du fondement juridique marqué de programmaticité leur permet de s'exprimer. Ainsi, l'ordre juridique positif, orienté par cette axiologie constitutionnelle issue des normes constitutionnelles programmatiques, est développé par le législateur qui, en même temps, réalise les valeurs lors de la mise en œuvre de ces normes programmatiques. De cette manière, les droits prévus par le Préambule de la Constitution française de 1946, tout comme ceux présents dans le titre II de la Constitution italienne intitulé « Rapports éthico-sociaux », donnent à l'ordre juridique national une dynamique sociale.

Toutefois, si ces valeurs sont celles d'une époque, si, comme l'affirme la Cour constitutionnelle italienne, elles « *proviennent des motifs essentiels ayant inspiré le projet constitutionnel* »²⁹⁶, elles ne sont pas seulement inspiratrices des Constitutions. En effet, ces valeurs issues d'un contexte historiquement situé au moment constituant sont de ce fait d'origine « extérieure » aux Chartes fondamentales, mais elles participent aussi à « structurer » les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel²⁹⁷. Lesquels principes sont « *destinés à garantir le respect de valeurs suprêmes* »²⁹⁸. L'interprétation de ses derniers participe alors à la réalisation de ces valeurs inscrites dans les Textes fondamentaux. C'est aussi le cas en France, où il est convenu que « *les valeurs de la République [...] sont l'armature de la Constitution* »²⁹⁹. Autrement dit, les valeurs sont issues de motifs extérieurs à la Constitution, mais elles structurent aussi l'ordonnement constitutionnel. Elles révèlent ainsi une relation d'ordre réflexif avec l'ordonnement constitutionnel. À la fois inspiratrice des Constitutions en tant qu'élément exogène, elles sont aussi endogènes en tant qu'élément à part entière de l'ordre constitutionnel.

Cela étant, si les normes constitutionnelles programmatiques peuvent être le lieu d'expression de valeurs, la fonction axiologique de ces normes ne leur est pas exclusive.

²⁹⁵ Dans une démocratie, les valeurs sont pluralistes. L'existence de valeurs implique que l'on peut se déplacer entre chacune d'elles selon les préférences. Par exemple, il est possible d'être individualiste plutôt que collectiviste. Les valeurs représentent les préférences qui valent pour tous les membres de la société, comme c'est par exemple le cas de la liberté ou de la solidarité. C'est aux partis politiques de les représenter à travers un programme qui met en exergue un système de valeurs au détriment d'un autre. Dans ce cas, les valeurs sont intimement liées à la politique.

²⁹⁶ *Corte cost., sent. n° 215 du 8 juin 1987, Giur. Cost., p. 1615.*

²⁹⁷ *Corte cost., sent. n° 203 du 12 avril 1989, op. cit.*

²⁹⁸ *Corte cost., sent. n° 1108 du 12 décembre 1988, op. cit.*

²⁹⁹ LENOIR (N.), « 1992-2001 : Souvenirs d'une femme au Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 15/2008, p. 15 et s., spécialement p. 16.

2 § - Une fonction axiologique commune aux normes constitutionnelles programmatiques et aux principes constitutionnels

Il convient ici de préciser avant tout que le fait de reconnaître qu'une norme véhicule une valeur emporte des conséquences sur son application. Le droit relève d'une logique de légalité. Il y a ce qui est légal et ce qui ne l'est pas. Ce qui est constitutionnel et ce qui ne l'est pas. Alors que l'appréciation des valeurs offre beaucoup plus d'alternatives du fait de la pluralité de valeurs telles que l'égalité, la laïcité, la solidarité, la liberté, la dignité, etc... Le mode de raisonnement change donc. Or, lorsque le droit est fait de normes juridiques marquées par l'incomplétude, alors l'appréciation de ce qui est légal et ce qui ne l'est pas est plus délicate à opérer. La prise en considération des valeurs permet dès lors de résoudre ces « cas difficiles », aux termes d'un raisonnement qui ne tient plus de la subsomption, mais de la pondération³⁰⁰.

Dans le cadre de son analyse des principes juridiques, Ronald Dworkin associe le raisonnement par pondération aux normes principes³⁰¹. Il attribue à ces dernières la spécificité de pouvoir s'« aménager entre elles » sans que l'application de l'une écarte celle d'une autre. Ce trait caractéristique - qui tient en partie à la structure formellement incomplète de ces normes dont les conditions ne sont pas assez discriminantes pour commander une application exclusive - justifie qu'un principe puisse n'être appliqué que partiellement pour satisfaire à un autre principe de même rang avec lequel il doit être concilié.

Les normes constitutionnelles programmatiques et les normes-principes se rejoignent dans la catégorie des normes incomplètes. Les unes et les autres doivent être précisées pour leur donner une signification qui pourra répondre à un cas concret. Les normes constitutionnelles programmatiques prévoient « *ce qui pourra ou devra être institué dans certaines hypothèses ou pour certaines matières* »³⁰². De même, les principes établissent ce qui devra faire l'objet de la législation future. Ils traduisent « *une orientation de législation : le tema ou programma à*

³⁰⁰ La pluralité des valeurs fondatrices et structurantes de l'ordre constitutionnel que les juges ont reconnues s'oppose, en effet, à la représentation simplifiée du raisonnement juridique sous la forme d'un syllogisme qui impliquerait que la solution d'un cas particulier découle de la subsomption d'une prémisse mineure sous une seule prémisse majeure. D'ailleurs, l'une des conséquences de la pluralité de valeurs qui dirige l'élaboration des ordonnancements juridiques est justement que la prémisse majeure du raisonnement juridique ne s'impose généralement pas d'elle-même. L'interprète est en cela en présence de différents énoncés axiologiquement contradictoires, ou du moins distincts. Chaque valeur exprimée doit être réalisée le plus possible, compte tenu des possibilités juridiques et factuelles.

³⁰¹ DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll. Leviathan, 1995, p. 235. L'auteur refuse de considérer le droit comme un seul système de règles. Pour lui, le droit prend aussi en compte des « cas difficiles ». Dans cette circonstance, « *les juristes font appel à des normes qui ne fonctionnent pas comme des règles mais opèrent différemment, comme des principes* ». *Ibid.*, p. 79. Autrement dit, la distinction entre « principes » et « règles de droit » se fonde sur le mode de fonctionnement de chacune de ces deux normes.

³⁰² BARTOLE (S.), « Principi generali del diritto », cité in PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait »...*, *op. cit.*, p. 200.

développer progressivement à travers une réglementation ultérieure »³⁰³. En ce sens, ils ont une « valeur programmatique à l'égard de la future norme législative [...] puisque l'adoption d'un principe général signifie toujours le choix d'une ligne déterminée de développement de l'ordonnement juridique »³⁰⁴. Sur ce point, il est donc permis d'opérer un rapprochement de ces deux types de normes constitutionnelles³⁰⁵.

Le système juridique est en effet fait de normes complètes et de normes incomplètes. Les principes, tout comme les normes constitutionnelles programmatiques, normes marquées par l'incomplétude, se différencient des normes plus précises que sont les règles³⁰⁶ et par le mode de raisonnement que le juge adopte pour les appliquer. La règle opère sur le schéma du « tout ou rien ». Ainsi, lorsque les faits correspondent aux conditions d'application de la règle, le raisonnement binaire l'emporte : « soit la règle est valide, auquel cas la réponse fournie doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas, elle n'apporte rien pour la décision »³⁰⁷. Il s'agit donc d'appliquer à une situation de fait la solution prévue par une règle de droit. Le raisonnement qui permet l'application de la règle consiste ainsi à subsumer un fait sous une règle qui s'impose au juge. On dira donc de la règle qu'elle fonctionne sous le schéma « si X alors Y ». C'est en ce sens une norme complète. Pour vérifier cette hypothèse, il suffit d'« obéir » au schéma. La précision de la règle permet ce raisonnement. Ce qui n'est pas le cas du principe qui, comme la norme constitutionnelle programmatique, est une norme incomplète. Ces normes renvoient plutôt à une thèse à laquelle on « adhère »³⁰⁸, ou que l'on accepte « plus ou moins ». Contrairement à la règle qui précise les critères qui autorisent, interdisent ou obligent un comportement pour un résultat donné, le principe se contente de permettre des prises de position plus ou moins en sa faveur ou en sa défaveur en fonction d'un cas concret. Ce type de normes implique donc une adhésion et non

³⁰³ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni...*, op. cit., p. 17.

³⁰⁴ *Ibid.* p. 53. Les principes et les normes constitutionnelles programmatiques sont des normes qui peuvent donc être étudiées concomitamment. Ce que confirme notamment G. Zagrebelsky pour qui « Tout principe a, pour ainsi dire, une efficacité programmatique sur un plan générique, puisqu'il implique une certaine ligne de développement de l'ordonnement et, à l'inverse, tout programme implique l'acceptation d'un critère certain comme principe d'action. », ZAGREBELSKY (G.), *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, vol 1, Turin, 1984, p. 109.

³⁰⁵ M. Fioravanti déduit de l'imprécision et de l'indétermination des normes constitutionnelles programmatiques, leur similitude avec les principes plutôt qu'avec des règles juridiques. FIORAVANTI (M.), « L'attuazione della Costituzione : il ruolo della cultura costituzionale », *La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino*, Colloque Bergamo, 28 et 29 octobre 2005, p. 3.

³⁰⁶ Le critère de la précision est classiquement retenu par la doctrine pour différencier les principes des règles juridiques. Par exemple, les constitutionnalistes européens s'accordent sur le fait que règle et principe se « distinguent sur leur contenu, puisque la règle a un contenu précis, tandis que le principe est rédigé en termes généraux ». 8^{ème} conférence des Cours constitutionnelles européennes, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA*, 1990, n° 3, p. 317. Ainsi, « la règle formule une disposition ou une prescription précise alors que le principe est rédigé en termes généraux ». GENEVOIS (B.), « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *EDCE*, 1988, n° 40, p. 151 et s, notamment p. 175.

³⁰⁷ DWORKIN (R.), op. cit., p. 62.

³⁰⁸ ZAGREBELSKY (G.), *I diritto mite*, op. cit., p. 104.

une obéissance. Par conséquent, leur application ne consiste plus en une subsumption ; elle laisse au contraire une place importante à l'appréciation. Elle implique de confronter la norme incomplète à une autre, le juge opérant une pondération entre elles au regard de leur poids intrinsèque. Au cours de ce travail de pondération, en raison de l'imprécision de ces normes, le système éthique est pris en compte pour leur interprétation.

Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne considère que la garantie du droit au travail nécessite une certaine liberté d'exercice d'une activité professionnelle, le législateur devant toutefois en fixer les conditions et limitations qui permettent la protection d'autres valeurs aussi dignes de considération³⁰⁹. Dans le même sens, mais dans un autre domaine, elle juge que l'environnement est une valeur fondamentale de l'ordre juridique susceptible de limiter l'exercice de libertés constitutionnelles en fonction des exigences qui découlent de sa protection. Ainsi, elle a considéré que la lecture des lois de la région Friuli-Venezia Giulia n° 65 du 28 novembre 1988 et n° 22 du 14 juin 1996 qui prévoient que les ordures qui viennent des autres régions ne peuvent pas être traitées dans les installations de décharge des ordures, apporte à la liberté d'initiative économique une limitation légitime car elle vise à protéger la santé et l'environnement³¹⁰.

Les valeurs possèdent une dimension argumentative lorsque la prescription du fondement constitutionnel est incomplète. Pour mettre en place un dispositif de concrétisation d'une norme constitutionnelle programmatique, le législateur doit faire un choix parmi différentes valeurs dont la pluralité est garantie par la démocratie. Il devra choisir entre une mesure législative qui exprime, par exemple, la solidarité ou bien la liberté ou encore l'égalité... De même, lorsqu'il apprécie la constitutionnalité d'une disposition législative, le juge constitutionnel met en rapport différentes valeurs dont le poids varie suivant les cas. Si bien qu'en appliquant les valeurs, les décisions rendues par les juges devraient se caractériser par leur rationalité et permettre d'obtenir une solution plus juste pour la résolution d'un cas difficile³¹¹. Ainsi, en matière de droit au logement, suivant l'espèce, la liberté (autrement dit la propriété) sera favorisée ou, au contraire, la solidarité (qui justifie les réquisitions)³¹².

³⁰⁹ *Corte cost., sent. n° 441 du 26 octobre 2000, Giur. cost., p. 3314.*

³¹⁰ *Corte cost., sent. n° 196 du 3 juin 1998, Giur. cost., p. 1577.*

³¹¹ Parce que la norme hiérarchiquement supérieure de l'ordonnement juridique garantit les normes constitutionnelles programmatiques et que ces normes, au contenu imprécis, permettent l'expression de valeurs, elles « devrai[ent] constituer une sorte de "sens commun" du droit, le terrain d'entente et de compréhension mutuelle de tout discours juridique, la condition de résolution des oppositions par la discussion au lieu de l'oppression ». ZAGREBELSKY (G.), *Il diritto mite, op. cit.*, p. 111.

³¹² Par exemple, la loi valorise la sécurité et la liberté (exprimées par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789), plutôt que de la solidarité (exprimée par les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946). Cons. Const., décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de modernisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, Rec.*, 73.

Une des caractéristiques de ce système de valeurs présent dans le constitutionnalisme contemporain réside dans la place importante que tient la dignité de la personne. Celle-ci correspond à un noyau axiologique des ordonnancements juridiques. La prise en compte de cette valeur a ainsi permis au Conseil constitutionnel français de consacrer au rang constitutionnel le droit au logement³¹³. En Italie, l'importance de la valeur dignité se concrétise surtout par l'article 2 de la Constitution et l'article 3 alinéa 1³¹⁴. Une lecture axiologique de ces dispositions par la Cour constitutionnelle a ainsi abouti à la consécration du droit constitutionnel au logement. Pour la Cour, ce droit contribue « à ce que la vie de chaque personne reflète chaque jour et dans tous ses aspects l'image universelle de la dignité humaine »³¹⁵, ce qui correspond à « des devoirs que l'État ne peut en aucun cas abdiquer »³¹⁶. À travers le droit au logement, la Cour va ainsi opérer la pondération de la dignité avec d'autres valeurs constitutionnelles. Elle limite par exemple le droit de propriété en validant l'article 3 de la loi n° 458 du 27 octobre 1988 relatif à l'indemnisation du propriétaire exproprié illégalement dans le but de construire des logements sociaux sans qu'il ne puisse recouvrer son bien³¹⁷.

La référence à la dignité de la personne sert à apprécier l'état de la personne non plus au regard du « bon citoyen », mais, plus concrètement, sur la base de l'existence de l'individu. Elle est parfois qualifiée de « clef de voute de l'ordre juridique »³¹⁸. Ce qui laisse entendre qu'il existe dans l'ordonnement qui exprime cette valeur, une sorte de hiérarchie axiologique. Ce que confirme la Cour constitutionnelle italienne dans l'arrêt n° 146 de 1988 en affirmant l'existence de valeurs suprêmes présentes dans la Constitution. Pour la Cour, « la Constitution italienne comporte certains principes suprêmes qui ne peuvent être altérés ou modifiés dans leur contenu essentiel même par des lois de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles. Il en va ainsi aussi bien d'un principe que la Constitution range parmi les limites absolues au pouvoir de

³¹³ La saisine du Conseil Constitutionnel concernant la loi relative à la diversité de l'habitat donna lieu à la décision 94-359 DC rendue le 19 janvier 1995. La loi déferée complétait pour l'essentiel le code de la construction et de l'habitation dans ses dispositions qui obligent les communes à mettre en place une politique cohérente et diversifiée du logement. Cons. const., décision n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Rec.* p. 176.

³¹⁴ Aux termes de l'article 2 de la Constitution italienne, « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ». Selon l'article 3 alinéa 1, « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales ».

³¹⁵ *Corte cost.*, sent. n° 217 du 25 février 1988, *op. cit.* Pour la Cour, le droit au logement participe à la dignité humaine. Elle considère qu'« Au final, créer les conditions minimum d'un État social, permettant de garantir au plus grand nombre de citoyens possible un droit social fondamental, comme celui au logement, contribuant à ce que la vie de toute personne reflète chaque jour et sous tous ses aspects l'image universelle de la dignité humaine, est un devoir que l'État ne peut en aucun cas abandonner ».

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Corte cost.*, sent. n° 384 du 31 juillet 1990, *Giur. cost.*, p. 2343.

³¹⁸ PASSAGLIA (P.), « La jurisprudence récente des Cours constitutionnelles dans le domaine de la sécurité sociale », *Séminaire sur la jurisprudence récente des Cours constitutionnelles dans le domaine de la sécurité sociale*, Strasbourg, 29 et 30 novembre 2011, voir www.cortecostituzionale.it.

révision [et qui] appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne »³¹⁹.

Le fruit de la pondération opérée par le juge constitutionnel développe une valeur exprimée par la norme appliquée. Ces normes incomplètes que sont les normes constitutionnelles programmatiques et les principes constitutionnels assurent ainsi une fonction axiologique. Elles « *assument une importance déontologique commune par rapport à l'activité politique et législative [...] et dans le cadre de l'interprétation de la Constitution* »³²⁰. Normes constitutionnelles programmatiques et principes, correspondent, en ce sens, à un « *mandat d'optimisation de valeurs et d'intérêts sociaux* »³²¹. Elles participent à la « *dynamique du système* »³²² juridique. Dans leur fonction axiologique, les principes correspondent aux normes programmatiques³²³. Par conséquent, si la portée axiologique est une caractéristique structurante du concept de NCP, elle ne lui est pas propre puisqu'elle correspond aussi à un élément constitutif de la catégorie des principes constitutionnels.

³¹⁹ *Corte cost., ordo.* n° 146 du 2 février 1988, *Giur. cost.*, p. 485.

³²⁰ ZAGREBELSKY (G.), *La giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 126 et s.

³²¹ ALEXY (R.), *A theory of Constitutional Rights*, trad. de l'allemand par RIVERS (J.), Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 44 et s.

³²² CRISAFULLI (V.), *op. cit.*, p. 103. R. Guastini associe le principe à la norme constitutionnelle programmatique dans leur fonction axiologique car, à l'instar du premier, la seconde « *constitue un élément essentiel à l'identification de la philosophie du système* » et donne, de ce fait, « *une justification éthico-politique, aux autres normes du système* ». GUASTINI (R.), *Il diritto come linguaggio, op. cit.*, p. 36.

³²³ La norme-principe peut être assimilée à la norme programmatique car l'une et l'autre sont le fondement de normes plus particulières leur étant subordonnées et leur incomplétude en fait des normes marquées par les valeurs. Toutefois, norme-principe et norme-programme ne se superposent pas intégralement. CRISAFULLI (V.), *La Costituzione... op. cit.*, p. 38 ; BIN (R.), *Atti normativi..., op. cit.*, p. 183. Le principe règle directement un cas concret alors que la norme constitutionnelle programmatique a pour objet le comportement du législateur et, de manière plus générale, celui des pouvoirs publics. A partir d'un principe, le juge peut donc trouver la règle qui s'appliquera au cas concret qu'il a à connaître. L'article 3 alinéa 1 de la Constitution, selon lequel « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales* », fixe un principe directement applicable qui interdit toute discrimination. En revanche, les normes constitutionnelles programmatiques « *ne règlent pas directement la matière à laquelle elles se réfèrent, mais elles règlent l'activité étatique au regard de cette matière : elles ont comme objet immédiat le comportement étatique, et seulement indirectement et, pour ainsi dire, en second lieu, certaines de ces matières* ». CRISAFULLI (V.), *La Costituzione...*, p. 75. Ainsi en est-il de l'article 3 alinéa 2 de la Constitution aux termes duquel « *Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* ». Nous verrons aussi que les normes constitutionnelles programmatiques n'ont pas la même efficacité juridique que les autres normes puisque, contrairement à elles, en Italie, les normes constitutionnelles programmatiques ne sont pas des fondements invocables pour fonder l'abrogation d'une loi antérieure et contraire à la Constitution. La portée juridique de ces normes programmatiques dans les contentieux de l'abrogation et de la constitutionnalité des lois fait l'objet de développements spécifiques dans le Titre 2 de la seconde partie.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La méthode qui consiste à construire le concept de NCP repose ici sur la compréhension des éléments qui le structurent. Suivant cette approche matérielle d'identification, deux caractéristiques sont constitutives des normes constitutionnelles programmatiques: d'une part, la « programmaticité » liée à l'incomplétude de la norme, d'autre part, la portée axiologique de la norme. Pour autant, à l'instar de la tentative d'identification formelle, l'identification matérielle des normes constitutionnelles programmatiques reste insatisfaisante. Certes, les normes constitutionnelles qualifiées de programmatiques remplissent ces critères. Mais ces critères sont soit variables, ce qui est le cas de la « programmaticité », soit partagés, ce qui est le cas de la portée axiologique. Toutes les incertitudes liées à l'identification de ces normes ne peuvent, par conséquent, être éliminées.

CONCLUSION DU TITRE 1

Finally, tant l'analyse extensive que l'analyse compréhensive des normes constitutionnelles programmatiques ne permettent pas d'épuiser, de manière satisfaisante, l'appréhension de ce concept. Son approche formelle ne procure pas de réponse correcte à la question de savoir à quoi correspond cette catégorie de normes. Son approche matérielle échoue à renseigner sur ce dont les normes constitutionnelles programmatiques sont constituées. Ces normes ne peuvent pas être effectivement déterminées à partir d'une nature qui se dégagerait, soit sur la base d'une liste d'objets qui constitueraient par extension la catégorie, soit sur la base de la compréhension des éléments qui fonderaient cette même catégorie. On a vu que l'identification du caractère programmatique des normes constitutionnelles peut avoir lieu dans chacune des catégories normatives classiquement utilisées en droit constitutionnel. Ce qui fait échec à la possibilité de situer les normes constitutionnelles programmatiques au sein d'une classification formellement établie. Par ailleurs, on sait que les critères constitutifs du concept de NCP pouvant servir à identifier une norme constitutionnelle comme étant programmatique ne sont pas entièrement satisfaisants. D'un côté, la « programmaticité » est un fondement conceptuel insuffisamment clair pour permettre l'identification certaine d'une norme constitutionnelle programmatique car il possède différentes facettes qui en font un fondement à géométrie variable. De l'autre, la portée axiologique de ce type de normes n'est pas propre aux normes constitutionnelles programmatiques puisque les principes constitutionnels sont, eux aussi, porteurs de valeurs.

Dès lors, si les approches matérielle et formelle ont le mérite d'apporter des éléments pouvant servir à mieux cerner les contours du concept de NCP, elles ne permettent pas de dire exactement ce que *sont* ces normes. En ce sens, elles échouent à leur trouver une définition *a priori*. Toutefois, ces normes existent bien dans l'ordre du droit. Le seul fait de chercher à en préciser la signification le prouve. Aussi, si on ne peut penser les normes constitutionnelles programmatiques à partir d'approches matérielle et formelle, c'est qu'il convient d'envisager ce concept *a posteriori*, c'est-à-dire suivant l'usage qui en est fait en droit. L'identification du concept de NCP à partir de sa fonction serait alors une méthode à privilégier.

Cette catégorie de normes existerait précisément à travers l'usage qu'en font les juges notamment. Pour en rendre compte, il convient de revenir à la raison de l'existence des normes constitutionnelles programmatiques, c'est-à-dire de rechercher leur fonction première. Ce qui revient à s'interroger sur l'utilisation originelle attribuée de cet objet juridique. Pour ce faire, la méthode réclame de considérer l'historicité du concept. Celle-ci pose, entre autres, la question des

conditions politiques et sociales de son élaboration théorique. Il s'avère alors pertinent de souligner les liens étroits unissant l'avènement des Constitutions « modernes » qui ont succédé à une forme de régime autoritaire à la mise en exergue du concept de NCP. C'est pourquoi, il est finalement préférable de présenter davantage les normes constitutionnelles programmatiques, non comme constituant une classe dotée d'une nature stable, mais comme un événement juridique porté, nous le verrons, par le devenir même du droit.

TITRE 2

L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES SELON LEUR FONCTION : UNE APPROCHE À PRIVILEGIER

En observant consciencieusement la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques, on est tenté d'en déduire que, d'une certaine manière, elle est marquée par la diversité. Essayer d'identifier les éléments constitutifs et spécifiques à cette catégorie reste, *in fine*, chose vaine. Pour ces raisons, il convient cette fois de déplacer l'angle d'approche du concept pour aborder la fonction que cette catégorie de normes revêt. Le juriste italien V. Crisafulli avait d'ailleurs déjà envisagé cette manière d'identifier ces normes en cherchant « à expliquer la fonction des normes-programme en les rapprochant du "type normatif" le plus ressemblant: les "principes" »³²⁴.

Privées de critères précis servant à les identifier, les normes constitutionnelles programmatiques sont donc dépourvues de contours prédéfinis. Cette approche *a posteriori* de la notion tournée vers la *fonction* de ce type de normes paraît donc préférable. À la lumière de l'utilisation qui en est faite par le pouvoir constituant ainsi que par les pouvoirs constitués, nous constaterons, selon les cas, que la norme constitutionnelle programmatique est reconnue comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique, ou, au contraire, comme en étant exclue. Du fait de cette alternance, elle correspond à une norme dont la fonction originelle apparaît comme étant d'ordre tactique et dont l'usage a montré sa fonction pragmatique. C'est pourquoi, ce qui caractérise le concept de NCP ne correspond ni aux éléments structurant ce type de normes, ni à son identification au sein des garanties constitutionnelles. La détermination de cette catégorie normative passe, d'une part, par l'approche de sa fonction originelle (Chapitre 1), d'autre part, par l'étude de l'évolution de l'usage fait des normes constitutionnelles programmatiques, qui leur confère une fonction toujours plus pragmatique au bénéfice du régime constitutionnel et du droit. Il s'agit là, en quelque sorte, de leur fonction dérivée (Chapitre 2).

³²⁴ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue...*, op. cit., cité in BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, op. cit., p. 179 et s.

CHAPITRE 1

LA FONCTION ORIGINELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

Une des possibilités qui permettent de déterminer les contours du concept de NCP consiste à étudier la fonction originelle de cette catégorie de normes. En d'autres termes, il s'agit d'envisager sa raison d'être. Sous cet angle, les normes constitutionnelles programmatiques rendent compte d'un évènement, de la survenance d'une situation particulière qui justifie l'existence de ce concept. Nous verrons que l'apparition de ces normes dans les ordonnancements constitutionnels correspond effectivement à la manifestation de la transcription d'une « vérité » sociale et politique dans le droit. Cette catégorie de normes reflète dans les Constitutions les divergences insolubles des politiques ainsi que le contexte social difficile indissociable des lendemains de guerre. Au moment constituant, la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques est alors utilisée comme un instrument efficace d'une stratégie politique (Section 1).

Les normes constitutionnelles programmatiques permettent une « instrumentalisation » du droit par la pluralité de courants partisans qui ont participé à l'élaboration des Constitutions. Elles retranscrivent ainsi le discours constituant dans lequel sont mêlées des idéologies diverses. En ce sens, nous verrons que ces normes revêtent une dimension pragmatique particulière en permettant un accord politique autour de l'acte juridique qu'est la Constitution. Mais l'approche fonctionnelle originelle des normes constitutionnelles programmatiques ne se limite pas à cette seule utilité. Au-delà de permettre l'obtention d'un consensus politique, cette catégorie de normes est aussi utilisée comme un instrument favorisant l'activité du législateur (Section 2). Dès lors, outil d'une stratégie politique au moment constituant, le concept de NCP est aussi, en quelque sorte, l'outil d'une stratégie politique postérieure à l'entrée en vigueur des Constitutions. Il permet en effet d'optimiser la compétence législative et, de ce fait, l'office de l'organe politique représentant du peuple de l'État dont la Constitution est l'acte juridique fondateur.

SECTION 1

LES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES, INSTRUMENTS D'UNE STRATÉGIE POLITIQUE AU « MOMENT CONSTITUANT »

Le concept de NCP peut être pensé au regard de la dynamique politique de l'État. Cette dimension politique ne peut être écartée, sinon à croire naïvement à une quelconque pureté du droit³²⁵. Bien au contraire, le droit rend compte d'un certain enjeu politique. À ce titre, l'apparition de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques dans les systèmes normatifs modernes semble bien correspondre à une réalité historico-politique. Ce type de normes témoigne effectivement, aujourd'hui encore, de la confrontation d'idéologies distinctes prévalant au moment constituant (1§). Cet événement sera ensuite, dès lors qu'il sera intégré par le droit comme revendications nouvelles, instrumentalisé. Dès lors, le concept de NCP apparaît comme instrument juridique stratégique facilitant l'obtention d'un compromis politique nécessaire à l'adoption de la Constitution (2§).

1 § - La Constitution, lieu de rencontre d'idéologies différentes

Les Textes fondamentaux italien et français, dont l'adoption succède à une époque très perturbée de l'histoire, sont effectivement porteurs d'idéologies antinomiques qui se côtoient. Le contexte politique nous apparaît ainsi comme un élément inéluctable de justification de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. Liées par un lien de « fraternité » disait J. Rivero³²⁶, la Constitution française et la Constitution italienne rendent compte, toutes deux, à la fois de la résurgence d'idées libérales (A) et de l'essor d'un mouvement social (B).

A – La résurgence des idées libérales

En réaction aux atrocités inhumaines subies par les peuples durant la seconde guerre mondiale, les nouvelles démocraties appellent de leurs vœux une revalorisation des garanties liées à la protection de la personne humaine. Dans cette perspective, les Constitutions française et italienne

³²⁵ D'autant que l'on sait que les outils « programmatiques » sont particulièrement utilisés dans le domaine politique. Sur ce point, nous renvoyons le lecteur à nos développements introductifs.

³²⁶ RIVÉRO (J.), « Constitution italienne et Constitution française », *La Constitution italienne de 1948*, Paris, éd. Armand Colin, 1950, introduction p. IX.

« reprennent » des valeurs qui font écho à celles qui sont protégées par les Droits de l'Homme. Ainsi, la Charte italienne fait plusieurs fois référence aux droits *inviolables*. On peut lire dans ses dispositions que « *la République reconnaît et protège les droits inviolables de l'homme...* »³²⁷, que « *la liberté personnelle est inviolable...* »³²⁸, ou encore que « *le domicile est inviolable...* »³²⁹. Or, il convient de préciser que, lorsque la Constitution italienne renvoie à l'idéologie de la fin du XVIII^{ème} siècle, elle ne fait véritablement que « dépeussier » un acquis déjà existant. D'abord parce que, comme le soutient une partie de la doctrine, le caractère inviolable des droits indique une réminiscence du droit naturel dans les Chartes fondamentales d'après-guerre. Autrement dit, en inscrivant ces droits absolus dans la norme supérieure de l'ordonnement juridique, les constituants affirment en partie leur transcendance. En d'autres termes, les Constitutions consacrent ces droits, sans pour autant les créer. C'est ce qu'affirme E. Crosa pour qui « *le rappel du droit naturel a pour fonction d'affirmer l'origine suprême et transcendante de ces droits que la Constitution consacre, mais qu'elle ne crée pas elle-même* »³³⁰. Mais surtout, le caractère inviolable de certains droits avait déjà été reconnu dans le passé. Clairement, déjà sous le Statut Albertin de 1848, les articles 27, alinéa 1^{er}, 29, alinéa 1^{er} et 31, alinéa 2, prévoyaient respectivement l'inviolabilité du domicile, de toute propriété sans aucune exception et de tout engagement de l'État envers ses créanciers. Un siècle avant l'adoption de la Constitution italienne, le « principe libéral »³³¹ se retrouvait donc inscrit dans l'ordonnement suprême transalpin. C'est pourquoi la nouvelle consécration constitutionnelle de ce principe démontre une *résurgence* des idées libérales inhérentes aux Droits de l'Homme et non une consécration.

En France, la Constitution présente elle aussi ce phénomène de *résurgence*. On retrouve distinctement les libertés issues de 1789 réaffirmées dans la Constitution française. Que ce soit d'ailleurs dans la Constitution de 1946 ou dans celle de 1958, les droits des individus sont dorénavant qualifiés d'inaliénables et sacrés. On le voit dès la première disposition du Préambule de la Constitution de 1946, repris par le Préambule de la Constitution de 1958, aux termes de laquelle « *le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmés et complétés par le Préambule de la Constitution de 1946* ». Certes, contrairement à la Constitution italienne, la Constitution française consacre les Droits de l'Homme dans un Préambule et non dans le corps même de son texte. Néanmoins, tirant les leçons de l'échec du

³²⁷ Article 2 de la Constitution italienne.

³²⁸ Article 13 de la Constitution italienne.

³²⁹ Article 14 de la Constitution italienne.

³³⁰ CROSA (E.). « La nouvelle Constitution. Ses caractéristiques », *La Constitution italienne de 1948*, Recueil d'études sous la direction d'E. Crosa, Armand Colin, 1950, p. 59.

³³¹ MAZZIOTTI DI CELSO (M.), *Lezioni di diritto costituzionale*, Tome 1, 2^{ème} éd., Milan, Giuffrè, 1993. p. 54.

référendum d'avril 1946³³², les constituants français inscrivent tout de même les garanties libérales au sommet de l'ordonnement juridique. Ce n'est donc pas une catégorie de droits nouveaux, mais une catégorie de droits réaffirmés par le constituant.

Ce souci qu'ont eu les constituants Français et Italiens de rappeler les Droits de l'Homme démontre bien la nécessité de « rompre avec un passé proche sans rien renier de l'histoire »³³³. Il s'agit, par là même, de permettre la « renaissance de ce qui était corrompu, altéré, affaibli »³³⁴. C'est pourquoi, aussi bien en France qu'en Italie, les Constitutions témoignent manifestement de la résurgence de l'idéologie libérale. Toutefois, à côté de la réaffirmation des Droits de l'Homme, les Constitutions sont aussi marquées par un phénomène nouveau qui se propage dans l'ensemble des États modernes : l'essor d'un mouvement de solidarité.

B – La promesse de la solidarité³³⁵

Dans la Constitution italienne comme dans la Constitution française, face à cet retour des idées libérales, on remarque paradoxalement l'influence d'idées d'inspiration sociale. En effet, si ces Chartes réaffirment les droits d'inspiration libérale, la dualité partisane qui animait les débats au sein des Assemblées constituantes a permis de formuler la promesse d'un ordre nouveau. Un

³³² À l'occasion duquel le peuple français avait rejeté le projet d'inscrire dans la Constitution une nouvelle Déclaration des droits de l'homme. Ainsi, le projet de Constitution du 19 avril 1946 fut précédé d'une longue déclaration des droits de l'homme en trente-neuf articles. Sont traités aussi bien les libertés (articles 1 à 21), que les droits sociaux et économiques (article 22 à 39). Mais ce projet a été rejeté lors du référendum du 5 mai 1946, pour être remplacé par le texte du 27 octobre 1946. Celui-ci résume dans un Préambule de dix-huit articles les dispositions principes de la déclaration précédente. Après le rejet par le peuple français de la nouvelle Déclaration de droits qui consacrait les droits sociaux, le Préambule de la Constitution de 1946 reprend un grand nombre de ces droits sociaux, mais, cette fois, sous une forme plus générale.

³³³ SUEUR (J.-J.), « Régénération des droits de l'homme et / ou consécration de droits nouveaux ? », in *Le préambule de la Constitution de 1946*, 1996, p. 132.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ Dans une de ses interventions relatives à l'Etat social et aux droits sociaux fondamentaux, C.-M. Herrera évoque la notion de solidarité. En l'occurrence, reprenant les propos de L. Bourgeois, il rappelle que « du point de vue normatif, surtout, la solidarité se traduit sous la forme d'un devoir social, qui exprimerait une dette de la collectivité, dont le caractère obligatoire est issu du quasi-contrat d'association humaine ». L'auteur précise que la solidarité diverge de la charité car elle n'est pas spontanée, mais « organisée sous un mode administratif ». Elle se rapproche de la notion de fraternité, car elle « unit les hommes considérés comme membres de l'institution de l'Etat et qui a pour but de leur assurer réellement des avantages publics sous la forme de biens ou de secours ». Voir HERRERA (C.-M.), « Etat social et droits sociaux fondamentaux », colloque international *Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ?*, 11, 12 et 13 septembre 2006, Institut National d'Histoire de l'Art. C'est l'occasion de revenir brièvement sur la notion de solidarité. Etymologiquement, « solidarité » dérive de « solide », qui signifie compact, massif, complet, ferme ou encore résistant. On dit d'un travail sérieusement élaboré qu'il est solide. Au XV^{ème} siècle apparaît un dérivé dans le mot « solidaire », puis, au XVIII^{ème} siècle, celui de « solidarité ». Pour établir un rapprochement avec le mouvement solidariste que connaissent, depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, les ordonnements constitutionnels français et italien, au-delà de l'« ensemble » ou du « tout » auquel peut renvoyer le terme de « solidarité », il faut aussi comprendre l'idée de « renforcement » ou « perfectionnement », en l'occurrence de la protection de l'individu. BAUMGARTNER (E.) et MENARD (P.), *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Paris, LGDJ, 2007.

ordre qui serait révélateur de l'essor de vastes mouvements de solidarité œuvrant précisément pour l'établissement d'une nouvelle démocratie.

Ainsi, des deux côtés des Alpes, il s'agit de constitutionnaliser un « esprit » profondément novateur, mais historiquement justifié. Un esprit qui s'exprime à travers un nouveau genre de dispositions, des énoncés constitutionnels véhiculant des normes portant sur les rapports économiques et sociaux. Des normes qui apparaissent d'ailleurs comme l'archétype des normes constitutionnelles programmatiques.

La lecture des dispositions constitutionnelles ne laisse pas de doute quant à la place nouvelle que tient cette idéologie dans les Chartes. En France, les mots choisis pour rédiger ces dispositions apparaissent d'ailleurs significatifs. En effet, si, comme on l'a vu, les Droits de l'Homme ne sont pas affirmés mais bien « réaffirmés » par les constituants, les *principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* sont, quant à eux, *proclamés*. C'est-à-dire qu'avant 1946, ces principes n'étaient inscrits dans aucun Texte juridique suprême. De cette manière, les constituants français consacrent pour la première fois ces principes. Leur ajout dans le Texte constitutionnel rend alors compte de nouvelles préoccupations, d'ordre social cette fois, inhérentes à l'époque moderne³³⁶. Ce qui, en l'occurrence, dans la Constitution française, se manifeste par l'usage à vingt-sept reprises du terme « *social* », par deux utilisations du terme « *solidarité* » et par le fait que le terme « *travail* » soit inscrit sept fois dans la Charte.

³³⁶ Il est vrai que l'idée d'une Constitution sociale existait déjà lors de la Révolution française de février 1848, où il était prévu de compléter l'héritage de 1789 par des inspirations liées à la révolution industrielle et la difficile condition ouvrière. Toutefois, la Constitution de 1848 a finalement été d'avantage marquée par des inspirations conservatrices que par des idées sociales. Suivant les termes du Préambule de la Constitution de 1848, la République « *doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail, dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler* », (VIII du Préambule de la Constitution de 1848). Néanmoins, le texte reste muet quant aux droits sociaux des citoyens. Notamment, même si les droits issus de la Déclaration de 1789 sont repris, le « droit » au travail fortement attendu, mais aussi vivement critiqué par les libéraux, demeure absent du texte fondamental. Pour autant, cette Constitution symbolise les premiers débats officiels relatifs aux droits sociaux. Pour une analyse plus détaillée, voir FERRY (L.) et RENAUT (A.), « Des droits de l'homme à l'idée républicaine », *Philosophie politique*, PUF, 2007, p. 450. Selon les auteurs, « *C'est donc le débat sur la Constitution de 1848 qui, bien que cette Constitution elle-même n'aille guère plus loin à cet égard que celle de 1791, devait être le point de départ d'un vaste mouvement vers la reconnaissance ultérieure sous la double influence du marxisme et du catholicisme social, des droits sociaux. [...] Il faut cependant attendre le Préambule de la Constitution française de 1946, pour voir, dans un cadre démocratique, la réaffirmation des "droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789" se compléter par la proclamation des droits sociaux : "droit d'obtenir un emploi", "droit de défendre son emploi par l'action syndicale", droit de grève, droit à la "sécurité matérielle" et en cas d'incapacité de travailler, droit à des "moyens convenables d'existence"* ». Voir aussi RIVERO (J.), *Les libertés publiques, I : Les droits de l'homme*, PUF, 3^{ème} éd., 1981.

Dans le même sens, la nouvelle Constitution italienne poursuit l'objectif de prévoir « *la nécessité de donner un nouveau contenu aux droits des citoyens* »³³⁷. C'est pourquoi, ce « nouveau contenu », ce contenu d'ordre « social », doit procéder par « *l'affirmation du droit au travail, du droit au repos, etc., et avec l'affirmation de la garantie de ces droits* »³³⁸. Or, là encore, ces références ne manquent pas dans le Texte fondamental italien. À commencer par la première disposition selon laquelle « *l'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail* ». Il est d'ailleurs, ici, remarquable que les termes de démocratie et de travail se juxtaposent dès la première phrase de la nouvelle Constitution italienne. L'emplacement de cette association d'idées donne ainsi le « La » pour la suite du Texte constitutionnel : l'impératif qui tient à protéger le travail s'inscrit, de cette manière, comme un impératif aussi important que celui qui tient à rompre avec le régime autoritaire fasciste. Il est donc logique que la dimension sociale soit omniprésente dans la Constitution italienne. Ceci se confirme par l'emploi fréquent de termes s'y référant. Ainsi en est-il du terme « social » qui est répété douze fois, de celui de « solidarité » qui est employé à deux reprises et du mot « travail » ainsi que ses dérivés tel que « travailleur », utilisés vingt-huit fois.

Dans ces conditions, comme le souligne E. Crosa, la Constitution italienne sonne « *comme un acte portant l'empreinte décisive du climat politique de son temps et reflète en d'amples formules les aspirations à une rénovation sociale dont elle esquisse même les solutions extrêmes* »³³⁹. Cela étant, la promesse d'une rénovation sociale ne doit pas s'entendre comme une simple présomption de changement dépourvue de fondement. Elle est au contraire prévue par la norme juridique supérieure du pays. Car, « *ce qui est en jeu dans la reconnaissance constitutionnelle d'un droit au travail est, au fond, l'édification d'un nouvel ordre social...* »³⁴⁰. La « programmaticité » des normes constitutionnelles qui participent à cet établissement ne retire rien à ce mouvement. Au contraire, elle le conforte en prévoyant un programme d'actions, afin que ce nouvel ordre social s'inscrive dans la réalité, « *indépendamment des modalités que la réalisation de ce droit au travail pouvait comporter dans l'immédiat* »³⁴¹.

³³⁷ GALATI (V.), « Il sentimento etico-civile dell'Assemblea costituente e i problemi della scuola », p. 73 et s., cité in LIMITI (G.), « La scuola nella costituzione », *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, 3, *Rapporti sociali e economici*, Vallecchi Editore, 1969, p. 79 et s., spécialement p. 125.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ CROSA (E.). « La nouvelle Constitution. Ses caractères », *La Constitution italienne de 1948, op. cit.*, p. 48.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ HERRERA (C.-M.), « Etat social et droits sociaux fondamentaux », *op. cit.*, p. 4. Outre la valeur travail prédominante, on peut donner comme exemple de préoccupations sociales celui de l'accès à l'instruction, et particulièrement à l'école. G. Limiti remarque à ce propos que le problème scolaire se place dans un « *climat de solidarité sociale* » instauré dans la discussion sur l'aide sanitaire et sur la protection de la santé comme « *droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité* », LIMITI (G.), « La scuola nella costituzione », *op. cit.*, p. 129. Le climat social et la raison solidaire commandent certains à rejeter toute idée d'accès à l'école favorisé pour les plus méritants. Ainsi, plus que l'accès à l'école, c'est de l'accès de tout individu à l'école qu'il est question. L'école du mérite doit devenir « *l'école de tous* ». *Ibid.*, p. 137. Les débats qui

Cet élan de solidarité, que l'on retrouve autant en France qu'en Italie - et qui se caractérise par la constitutionnalisation des droits sociaux - marque l'ancrage de l'État social. En effet, le rapport entre les concepts d'État et de droits sociaux est dorénavant « scellé » selon le mot de C.-M. Herrera³⁴². C'est-à-dire que « l'ensemble de ces droits dessine la figure emblématique de l'État social ou du "Welfare State" moderne »³⁴³.

Or, nous le verrons, c'est précisément dans cette confrontation de valeurs libérales et sociales que la « programmaticité » va se révéler comme une démarche efficace pour permettre l'adoption d'une nouvelle Constitution. La forme programmatique des normes constitutionnelles s'analyse dès lors comme un enjeu tactique. Elle se présente clairement comme une clé essentielle ayant permis l'adoption de ces Constitutions sous la forme d'un compromis politique.

2 § - La « programmaticité » comme tactique pour obtenir un compromis politique

La « programmaticité » de la norme constitutionnelle est principalement guidée par une démarche tactique qui place la volonté d'obtenir un compromis constitutionnel au cœur de la réflexion politique. Il convient, au préalable, de mettre en lumière la relation étroite qu'entretiennent la politique et la « programmaticité » (A). De cette manière, on pourra prendre conscience que, d'un grand intérêt en matière politique, la dimension tactique procure une grille de lecture éclairante pour comprendre le choix d'inscrire dans nos Chartes fondamentales des normes de type programmatique (B).

A – Remarques liminaires sur la mise en relation des normes constitutionnelles programmatiques et de la politique

Avant toute chose, il convient de justifier notre choix de juxtaposer le concept de NCP et la notion de politique. La présence de ces normes dans le droit révèle une relation particulière qu'entretiennent le droit et le politique. Il s'agit donc, à travers ce concept, de mettre en relation le *droit* avec le *politique*.

précédent à l'Assemblée constituante sont révélateurs de l'importance attribuée à la question sociale, mais aussi de la difficulté inhérente à son caractère novateur. À ce moment, le fait de savoir si, dans la première République italienne, l'école publique nationale devait capituler devant l'école privée correspond à un choix qui révèle « un moment grave de notre œuvre constitutionnelle ». *Ibid.*

³⁴² HERRERA (C.-M.), « État social et droits sociaux fondamentaux », *op. cit.*, p. 1.

³⁴³ MERRIEN (F.-X.), PARCHET (R.), KERNEN (A.), *L'État social. Une perspective internationale*, Paris, Armand Colin, 2005. Cité in HERRERA (C.-M.), *op. cit.* p. 1. Pour autant, « la problématique des droits sociaux n'épuise pas la question de l'État social ». *Ibid.* p. 2.

Certes, droit et politique recouvrent des domaines distincts. C'est pourquoi, en principe, une décision politique ne peut être juridique et, inversement, une décision juridique ne peut être politique. M. Troper rappelle d'ailleurs cette *summa divisio*. Serait alors juridique l'acte de connaissance ou de découverte. Au contraire, serait politique l'acte de volonté. Pour reprendre les mots de l'auteur, « est juridique la décision qui n'est pas l'expression de la volonté de son auteur, mais qui résulte d'une connaissance ou d'une découverte, dans un texte ou dans un ensemble de textes, ou dans la totalité d'un système juridique ou bien dans le droit naturel ou encore toute décision qui peut être inférée de cette connaissance. Au contraire est politique tout ce qui est l'expression de la volonté, c'est-à-dire des valeurs, des préférences des hommes qui forment une autorité publique. Ainsi, pour les juristes comme pour les sociologues, tout ce qui n'est pas juridique est politique et réciproquement, de sorte que la controverse paraît porter seulement sur la frontière, la plupart des juristes estimant que la décision d'une autorité juridictionnelle est seulement juridique, tandis que les sociologues soutiennent que cette décision est malgré tout politique »³⁴⁴.

Néanmoins, cette conception du cloisonnement strict du politique et du droit relève d'un « *présupposé erroné* »³⁴⁵. Il est dorénavant possible d'établir une relation entre droit et politique, notamment en ce que le droit peut se percevoir comme une décision politique. Le droit est, en ce sens, la solution à une difficulté politique. Une solution obtenue après une procédure d'édiction du droit colorée par le politique³⁴⁶. Ce que révèle l'existence d'énoncés de forme programmatique dans le texte des Constitutions. Celle-ci peut d'ailleurs apparaître comme une sorte de défaite du droit qui ne fait plus que transcrire en forme juridique un programme politique. Cette manière d'écrire le droit sous la forme de programmes rend alors compte d'une certaine impuissance du droit, soumis à une instrumentalisation politique. En ce sens, parce que devant accompagner les programmes auxquels il renvoie, le droit pourrait perdre son identité et manifesterait, en transparence, les intérêts politiques qui le façonnent. En raison des programmes constitutionnels qu'il vise, le droit se verrait donc « parasité » par le politique³⁴⁷.

Toutefois, le droit n'est pas entièrement politique. Mais, il est vrai que certaines branches du droit en sont plus empreintes que d'autres. C'est le cas du droit constitutionnel³⁴⁸, et cela s'illustre particulièrement à travers les normes constitutionnelles programmatiques.

³⁴⁴ TROPER (M.), « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *Droit et politique*, CURAPP, Paris, PUF, 1993, p. 82, spécialement p. 84.

³⁴⁵ *Ibid.* Dans le même sens, voir aussi CHEVALIER (J.), « Science du droit et science de la politique, de l'opposition à la complémentarité », *Droit et politique*, CURAPP, Paris, PUF, 1993, p. 252.

³⁴⁶ GUSY (C.), « Considérations sur le "droit politique" », <http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html>.

³⁴⁷ CAILLOSE (J.), « Les rapports de la politique et du droit dans la formation d' "objectifs" », *op. cit.*, p. 13 et s.

³⁴⁸ MEUNIER (J.), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, p. 29

L'orientation politique participe à la prédétermination d'une unité, d'un cadre d'objectifs et de finalités dans des instruments opportuns. Le moment où cette unité se forme, celui où l'orientation politique émerge et surplombe les oppositions partisans, devient un moment téléologique. Un moment où les fins prédominantes deviennent des fins à poursuivre. Il s'agit d'une puissance de direction politique unitaire de l'activité étatique, celle pour laquelle l'orientation politique représente le moment de l'unité et de la coordination des pouvoirs de l'État³⁴⁹.

La « programmaticité » de la norme s'inscrit justement dans ce dessein. Les normes constitutionnelles programmatiques correspondent effectivement à des moyens juridiques servant le politique. Elles vont permettre au final à l'État non seulement de construire une nouvelle organisation de sa structure politique et institutionnelle, mais aussi d'asseoir dans le temps et la stabilité le processus démocratique engagé par les choix politiques effectués.

« Programme », « programmatique », ces termes ont en commun de déterminer la finalité vers laquelle une action à venir doit tendre. Choisir d'inscrire les Constitutions dans la « programmaticité » relève d'une tactique juridique, mais aussi d'une politique d'anticipation. Surtout, c'est la marque d'une volonté de rationaliser une prise de décision par des partis aux engagements politiques opposés. La forme programmatique révèle dès lors son intérêt tactique pour l'adoption d'une Constitution. Il n'est donc pas surprenant qu'à l'époque du « moment constitutionnel »³⁵⁰, elle ait été choisie par les constituants français et italiens.

B – La « programmaticité » comme stratégie politique

Recourir à la « programmaticité » apparaît comme une tactique utilisée par les différentes tendances partisans présentes au moment constituant. Pour analyser la tactique de l'usage de la forme programmatique dans la Constitution italienne et dans la Constitution française, il convient de se situer à deux moments dans le temps. D'une part, il faut prendre en considération la « programmaticité » au moment constituant (1). D'autre part, il faut l'envisager comme technique d'anticipation de l'exercice par le juge de son rôle d'interprète de la Constitution (2).

et s. Selon l'auteur « *“le juridique tient le politique en état, [en ce que] le fonctionnement du système politique dépend désormais de la manière dont fonctionnent un certain nombre de mécanismes juridiques et que l'on ne peut donc expliquer telle ou telle particularité constatée à tel moment sans faire référence à la combinaison et au jeu des règles juridiques”*, mais, réciproquement, *le politique tient le juridique en l'état, car les mécanismes juridiques ne peuvent produire leur effet régulateur qu'autant que subsistent le jeu politique et l'intérêt qu'il confère aux décisions du Conseil* ».

³⁴⁹ BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, op. cit., p. 47.

³⁵⁰ ZAGREBELSKY (G.), *I diritto mite*, op. cit., p. 111.

1 - La forme programmatique comme tactique utilisée au « moment constituant »

Si l'on considère la « programmaticité » au moment constituant, elle trouve une justification dans la nécessité d'atteindre un but particulier et imminent, à savoir l'adoption d'une nouvelle Constitution. Dans ce cas, il semble bien que l'objectif à atteindre ait été déterminant quant aux choix des constituants d'utiliser la forme programmatique. Ainsi, les moyens mis à disposition lors des travaux précédant l'adoption des Textes fondamentaux ont été adaptés au but éminent qu'était l'adoption de ces Chartes.

En France comme en Italie, au sein des Assemblées constituantes, à défaut d'une majorité forte, les différents représentants politiques aboutissent à un texte constitutionnel de compromis³⁵¹. C'est ainsi que, tout en reprenant les garanties des libertés individuelles, la Constitution italienne va inscrire dans son marbre les protections d'ordre social. La nature de compromis qui en résulte apparaît dès les premiers articles du Texte fondamental italien. On le voit à l'article 2 qui met expressément en relation la notion de solidarité avec les droits inviolables classiquement associés à la conception libérale³⁵². Dans le même sens, le deuxième alinéa de l'article 3 prévoit qu' « *il appartient à la République d'écartier les obstacles économiques et sociaux qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays* ». Autrement dit, l'État se déclare ici responsable des citoyens envers qui il se reconnaît des devoirs. En ce sens, la République italienne doit intervenir pour remédier aux difficultés d'ordre économique et social afin de permettre le plein exercice de la liberté individuelle. Ainsi, la Constitution italienne lie directement la liberté au climat social dans lequel l'individu doit évoluer. Il résulte de ce qui précède que la seule lecture de ces deux articles fait d'emblée percevoir l'importance de la coexistence des fondements libéraux et sociaux du

³⁵¹ Il est vrai que le moment constitutionnel a « *des caractères tout à fait exceptionnels dans la vie politique d'un peuple, étant par définition le moment de coopération générale* ». C'est le moment où les « *volontés politiques des sujets politiques s'accordent dans un but commun : établir les principes qui dominent les intérêts particuliers de chacun pour permettre la vie en commun de tous* ». ZAGREBELSKY (G.), *I diritto mite*, op. cit., p. 111. Sur une approche récente de la notion de compromis constitutionnel en Italie, voir FIORAVANTI (M.), « *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana* », *Giornate di riflessione storico-teorica nel 60^{ème} anniversario della Costituzione*, colloque organisé par la ville de Florence et par le Comité pour la défense de la Constitution, Florence, 2 et 3 octobre 2008, p. 1 et s.

³⁵² L'article 2 de la Constitution italienne dispose en effet que « *La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme aussi bien comme individu que dans les systèmes sociaux où s'épanouit sa personnalité et exige l'accomplissement des devoirs inéluctables de solidarité politique, économique et sociale* ». A ce sujet, voir PERULLI (A.), « *Les droits fondamentaux et le droit du travail. Quelques remarques* », in *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction de LYON CAEN (A.) et LOKIEC (P.), Dalloz, 2005, p. 208. Pour reprendre les mots de l'auteur, « *l'article 2 de la Constitution italienne établit que les droits fondamentaux sont reconnus et garantis à l'homme à la fois comme individu et dans les systèmes sociaux où se développe sa personnalité. On a ici l'évolution de la solidarité comme exigence d'un lien minimal, d'une relation reconnaissante qui fonde la solidarité* ». p. 209.

nouvel État démocratique italien. En France, le constat est le même. Comme le souligne d'ailleurs M. Clapié, « à la solennité de la proclamation faite répond l'unité du message délivré »³⁵³. C'est-à-dire que si les droits inaliénables et sacrés sont proclamés de manière à réaffirmer les droits et libertés de l'homme et du citoyen que consacre la Déclaration de 1789, c'est à l'unisson de la consécration des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et de la proclamation des principes particulièrement nécessaires à notre temps.

La forme de compromis se présentait donc comme la solution pour inscrire ces différentes idéologies dans un même texte. Il restait à trouver la méthode qui allait permettre de l'obtenir. Or, énoncer des principes de manière générale, sous forme de programme, permettait une certaine souplesse dans leur formulation. Ce qui allait faciliter le consensus des différents représentants partisans. De ce fait, l'usage de la forme programmatique dans les Constitutions rendait possible l'obtention d'un compromis convenable pour toutes les parties présentes au moment constituant.

L'utilisation d'énoncés programmatiques dans les Constitutions correspond donc à une démarche tactique utilisée au moment constituant³⁵⁴. Le compromis obtenu se justifie politiquement. Comme l'évoque G. Zagrebelsky, « *les accents partisans ne manquent pas dans les vicissitudes des assemblées constituantes, les principes des constitutions pluralistes ressemblent aux principes du droit naturel par leur formulation universaliste et abstraite, nécessaire pour qu'ils puissent être réunis en un pacte commun à tous, où chaque partie puisse se reconnaître (et en vue duquel elle est disposée à renoncer à quelque chose à elle et à reconnaître quelque chose aux autres)* »³⁵⁵.

Les compromis nécessaires au maintien de la cohésion des constituants s'appuient sur des concessions³⁵⁶ de nature programmatique. Afin de parvenir à un accord sur une Constitution qui ferait définitivement sortir l'État d'un régime autoritaire, les différentes opinions doivent donc faire des concessions car il ne peut exister de compromis sans que chacun des partis accepte d'abandonner certaines de ses prétentions³⁵⁷. C'est pourquoi, d'un côté, les héritiers de la

³⁵³ CLAPIÉ (M.), *De la consécration des principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse, Lille 3, sous la direction de J.-L. Autin, 1992, p. 67.

³⁵⁴ FIORAVANTI (M.), *op. cit.*,

³⁵⁵ ZAGREBELSKY (G.), *I diritto mite*, *op. cit.* p. 111.

³⁵⁶ Dans une assemblée constituante, le projet de Constitution est préparé dans un processus de discussion. Il y a donc une possibilité de compromis entre les diverses opinions. Les décisions sont prises suivant les procédures de délibération. Dans un tel processus, les minorités, elles aussi, ont le droit de parole et de critique. Les minorités peuvent influencer les décisions de la majorité, soit par leurs critiques, soit par leur puissance de marchandage.

³⁵⁷ En Italie, « *pour consoler les forces de gauche d'une révolution manquée, les forces de droite acceptèrent d'introduire dans la Constitution une révolution promise* », PIZZORUSSO (A.) citant CALAMANDREI (P.), *Lezioni di diritto costituzionale*, Rome, Ed. Il foro italiano, 1984, p. 78 et s. C'est notamment la valeur « travail » qui fut l'une des premières « *escarmouches des diverses idéologies politiques qui s'affrontèrent à la constituante* » italienne. CROSA (E.), « Principes politiques et la nouvelle Constitution », dans *La Constitution italienne de 1948*, *op. cit.*, p. 55 et s, spécialement p. 58. En Italie, les communistes ont renoncé

conception libérale des droits ont accepté que soient inscrites dans les Chartes les préoccupations d'ordre social et économique. De l'autre, les partisans d'un État interventionniste se sont accordés pour que ces préoccupations soient prévues par des normes spécifiques, afin de « *mêler en un système unique la démocratie libérale et la démocratie sociale, l'État de droit et l'État social* »³⁵⁸. À côté du constitutionnalisme libéral, s'établit un constitutionnalisme qui cherche plutôt à légitimer et à orienter l'intervention de l'État dans les sphères économique et sociale, notamment pour assurer une certaine redistribution des revenus et fixer des équilibres dans les relations de travail. Ainsi, les Constitutions ont un contenu programmatique qui oriente les politiques de l'État, l'enjoint de poursuivre des buts sociaux et consacre des droits socio-économiques opposables à l'État. Dans ce contexte, la norme programmatique, parce qu'elle correspond à une norme « *aux contours – à dire vrai – assez nébuleux et génériques, et engageant la génération actuelle et les générations futures* »³⁵⁹, devient un outil qui participe à sceller ce compromis. De cette manière, la Constitution correspond finalement à un « *accord de masse* »³⁶⁰, rendant clairement compte d'un « *compromis, entre forces politiques de diverses inspirations idéologiques, dont chacune a laissé une trace nette* »³⁶¹. Mais ce compromis signifie aussi

à la « République de travailleurs », qui faisait écho à la Constitution soviétique de 1936. La formulation de l'article 1^{er} selon lequel « *L'Italie est une république démocratique fondée sur le travail* » sera ainsi préférée à celle, plus précise, proposée par la gauche qui prévoyait que « *L'Italie est une république démocratique de travailleurs* ». CARULLO (V.), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, 1950, p. 15. En contrepartie de la consécration de la valeur travail dans la Constitution, les catholiques ont obtenu que soit inscrit dans le second article le caractère « inviolable » des droits. De même, il fut proposé de préciser le mode d'application de l'article 4 qui concerne le droit au travail, lequel devait être « *garanti par l'application du principe d'une économie planifiée* ». STASZKOW (M.), *op. cit.*, p. 49. Mais cette proposition, trop précise, fut rejetée. En France, on doit constater une logique pour partie similaire. Le projet de Constitution du 19 avril 1946 était précédé d'une longue Déclaration des droits de l'homme. Mais il fut rejeté lors du référendum du 5 mai 1946, pour être remplacé par le texte du 27 octobre 1946. Les partis en présences à l'Assemblée constituante ont alors concédé certaines de leurs exigences. Le texte du 17 octobre 1946 ne fait que résumer dans un Préambule de dix-huit articles les dispositions principes de la Déclaration précédente. S'agissant par exemple du droit à la santé, le Préambule reste muet là où le projet avorté de Déclaration prévoyait que la protection de la santé est garantie « *dès la conception* » et qu'elle assure le « *bénéfice de toutes les mesures d'hygiène et de tous les soins que permet la science* ». Article 23 du projet de Déclaration des droits. Par ailleurs, la Déclaration proclamait explicitement le droit à l'instruction, celui à l'éducation et le droit à la formation professionnelle (Articles 25 et 27 du projet de Déclaration des droits), mais pas le Préambule.

³⁵⁸ CRISAFULLI (V.), « Ombre e luci della Costituzione », *Stato, popolo, governo*, 1978, p. 279 et s, cité in FIORAVANTI (M.), « L'attuazione della Costituzione : il ruolo della cultura costituzional », *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.* La réalisation de compromis a ainsi été possible grâce à la diffusion en France et en Italie d'un nouveau mouvement, le personnalisme, qui a placé la personne humaine comme une fin et une valeur fondamentale. Sur ce point, voir GINNASIO (L.) et CHIABRERA (G.), « La Constitution de la Constitution. Réflexions sur le concept de la souveraineté populaire », *Riflessioni sul concetto di sovranità popolare* http://www.nuovadidattica.net/didattica/pdf_didattica/costituzione.pdf.

Le personnalisme est proposé comme une alternative liée à la fois au marxisme et à la doctrine de la démocratie libérale : ce mouvement fait valoir, d'une part, que la personne n'est pas réductible à sa seule dimension, c'est pourquoi il faut garantir la liberté ; d'autre part, que les mots ne suffisent pas à garantir la dignité et la liberté humaine, par conséquent, il était nécessaire de promouvoir efficacement la justice sociale et l'égalité tout en garantissant les droits fondamentaux de l'individu.

³⁶¹ *Ibid.*

l'existence d'une crise des partis, niant l'idée que la Constitution serait le résultat d'une volonté commune active et positive, mais bien la simple expression d'une véritable « paix armée ». En ce sens, l'accord ne porte pas entièrement sur des valeurs et principes communs, mais aussi sur la peur du conflit, de l'exclusion. L'insertion de normes programmatiques dans les Constitutions manifeste alors la crainte qu'une option politique unilatérale supplante les autres, de telle sorte que soit exclue « *du théâtre de la démocratie l'option opposée* »³⁶².

À côté du fait de faciliter l'obtention d'un compromis politique scellé dans un acte juridique, une seconde justification peut être apportée à la forme programmatique de certaines normes constitutionnelles. Il convient cette fois de s'écarter du moment constituant pour, à travers le concept de NCP, anticiper l'application de la Constitution par le juge et le législateur.

2- La forme programmatique comme tactique d'anticipation de l'application de la Constitution

Énoncer les normes constitutionnelles sous la forme programmatique implique que, après l'entrée en vigueur des Constitutions, le droit devra accompagner les programmes auxquels il renvoie. Le droit perd ainsi son identité propre et manifeste, en transparence, les intérêts politiques qui le façonnent. En effet, l'intervention nécessaire du législateur pour concrétiser une norme constitutionnelle programmatique fait dépendre automatiquement cette réalisation des puissances politiques présentes dans l'institution parlementaire. La manière dont le droit conduit ces programmes exprime donc un intérêt politique à un moment donné. C'est pourquoi, pour certains, ces normes restent de simples normes politiques sans pouvoir accéder au rang de normes juridiques. Selon cette conception, les programmes constitutionnels seraient des normes « *de nature programmatique, qui seront devenues de véritables normes seulement avec l'œuvre décisive de médiation de la loi et du Parlement, et donc, [...] à travers le rôle des partis présents dans ce Parlement* »³⁶³.

Dans ce cas, l'usage de la « programmaticité » apparaît comme une judicieuse logique d'anticipation. C'est, en ce sens, une preuve de rationalisation qui semblait nécessaire au lendemain de la guerre. En effet, à ce moment, « *il n'y a ni l'intention, ni la possibilité*

³⁶² FIORAVANTI (M.), « Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana », *op. cit.*, p. 2. Sur une approche du contexte politique italien à cette époque, voir notamment D'ANDREA (A.), « Constitution et les partis politiques "anti-système". Le PCI et le contexte constitutionnel et politique de l'Italie après la Seconde Guerre mondiale », Discours prononcé à la conférence *L'histoire, la sécurité et des libertés constitutionnelles. L'histoire des services secrets italiens*, Brescia, 23 et 24 mars 2007, www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0054_dandrea.pdf.

³⁶³ FIORAVANTI (M.), « Il compromesso ... », *op. cit.*, p. 6. Sur la reconnaissance de la normativité des normes constitutionnelles programmatiques et l'association de ces normes aux normes juridiques, nous renvoyons le lecteur à nos développements ultérieurs faisant l'objet de notre seconde partie.

d'accompagner l'affirmation de chacun des droits sociaux considérés avec l'énonciation des moyens pratiques mis à la disposition du citoyen pour les faire valoir »³⁶⁴. En inscrivant des programmes dans les Constitutions, les constituants font alors une sorte de pari sur l'avenir. La « programmaticité » est une tactique d'anticipation car l'introduction de ce type de normes dans les Constitutions ne rend pas compte « d'une décision immédiatement opérationnelle »³⁶⁵, mais au contraire de la volonté « de promouvoir certaines transformations futures au lieu de les réaliser [...] »³⁶⁶. En ce sens, elles permettent la cristallisation d'un accord sur un désaccord renvoyant à plus tard la détermination de la signification de la norme. Elles font finalement acte d'un état provisoire³⁶⁷.

Par exemple, puisque l'institution de la Cour constitutionnelle - chargée notamment de contrôler la constitutionnalité des lois - est prévue dans une disposition constitutionnelle de caractère programmatique, le législateur italien a pu laisser s'écouler un certain temps avant d'adopter le dispositif législatif instituant cette juridiction. Mais, prévoir, dans un programme, l'existence d'un organe habilité à censurer le législateur rend compte de cette tactique d'anticipation. En effet, si au moment constituant, le système juridique est encore un système de légalité basé sur le légicentrisme qui exclut la censure de la loi, prévoir l'institution de la Cour constitutionnelle dans un programme constitutionnel permet de remettre à un contexte politique à venir plus favorable la charge de mettre en œuvre ce programme.

En effet, les normes constitutionnelles programmatiques ne visent que la finalité que le législateur doit poursuivre. Expression d'un compromis, « les normes programmatiques [ont] été introduites dans le texte de la Constitution précisément dans le cas où l'accord entre les forces politiques est obtenu seulement sur le plan d'un programme minimum d'actions »³⁶⁸. De ce fait, cette

³⁶⁴ CALAMANDREI (P.) cité par GALATI (V.), « Il sentimento etico-civile dell'Assemblea costituente e i problemi della scuola », in *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, 3, *Rapporti sociali e economici*, Vallecchi Editore, 1969, p. 73 et s., spécialement p. 125. C. Mortati remarquait que s'il fallait reconstruire l'Etat italien au lendemain de la guerre, il était nécessaire de le reconstruire autrement, sur de nouvelles bases sociales, car « les vieilles structures économiques et sociales sont ébranlées par un mouvement de rénovation vers des directions à peine définies ». Ainsi, les constituants italiens ont fixé des « directives à l'action future de l'Etat ». Ces directives, par définition marquées d'incertitudes et de formulations générales, œuvrent dans l'ambition « de provoquer une intervention des pouvoirs publics pour la réalisation d'une solidarité sociale », MORTATI (C.), « L'évolution constitutionnelle italienne. Perspective historique et signification politique », *La Constitution italienne de 1948*, *op. cit.*, p. 41. De même, faisant ressortir les préoccupations d'ordre social, V. Galati précise que « dans le préambule de la Constitution, Tosato proposait d'inclure les lignes directives de l'action économique et sociale de l'Etat ainsi que celles relatives à l'école ». Voir GALATI (V.), « Il sentimento etico-civile dell'Assemblea costituente e i problemi della scuola ». *op. cit.*, p. 124.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ FIORAVANTI (M.), « L'attuazione della Costituzione : il ruolo della cultura costituzionale », *op. cit.*, p. 4.

³⁶⁸ CRISAFULLI (V.), *La costituzione e le sue disposizioni...*, *op.cit.*, p. 58.

indétermination de la norme programmatique laisse une place importante à l'interprétation développée par la suite par les divers acteurs du système juridique.

Il résulte de ce qui précède que le fait d'user de la « programmaticité » afin de rédiger les Constitutions sous forme de compromis peut s'interpréter de deux manières distinctes. Dans un premier temps, positivement, ce compromis confère une base légitimante à la Constitution. Il l'érige comme expression d'une rencontre heureuse entre une pluralité de traditions politiques et constitutionnelles. Dans ce cas, la « programmaticité » correspond à ce que l'on peut présenter comme une *fonction politique positive*. Elle rend compte de la nécessité de certaines exigences et du caractère irrémédiablement échelonné de ces réalisations dans le temps. Elle engage ainsi la génération actuelle de même que celles à venir. Dans un second temps, négativement, le compromis implique une non-décision³⁶⁹ quant à la Charte constitutionnelle. Cette dernière devient ainsi pour partie un point d'interrogation, véritable signe d'incertitude pour la République. Dans ce cas, la « programmaticité » possède une *fonction politique négative*. Elle dissimule une absence d'accord parfait au moment constituant³⁷⁰.

La première approche met en exergue la valorisation de l'œuvre de la constituante. La seconde en montre les limites. L'insertion dans la Constitution de la forme programmatique implique une République à l'« identité constitutionnelle incertaine »³⁷¹ car cette identité constitutionnelle est ultérieurement définie par « chacune des parties en jeu »³⁷². De cette manière, la détermination des orientations constitutionnelles s'effectue au gré des interprétations que font, tant le législateur que le juge des lois, de la norme fondamentale. Il est alors question de voir dans le processus constituant la naissance d'une République dont l'identité constitutionnelle se précise « à travers les parties qui se seraient jouées après l'entrée en vigueur de la Constitution »³⁷³.

La réalisation des Chartes tiendrait alors à une réalisation politique en tant qu'elle relève de l'initiative du législateur et, partant, des partis présents au Parlement. En effet, dans les débats partisans, on ne peut s'opposer efficacement à ce qui n'est pas précisé. De ce fait, l'imprécision qu'implique la forme programmatique de la norme laisse une marge de manœuvre dans laquelle s'engouffre le « jeu » politique.

Les constituants français et italiens ont dans tous les cas choisi la « programmaticité » comme tactique pour optimiser par la suite l'établissement de la République moderne. Ce choix, outre le fait qu'il ait permis l'adoption d'une « non-décision » fondamentale - mais d'une décision tout de

³⁶⁹ GASLINI (M.), *Sulla « struttura » degli enunziati... op. cit.*, p. 251 et s.

³⁷⁰ Voir le développement précédent sur l'utilisation de la forme programmatique comme tactique au moment constituant, p. 101.

³⁷¹ GASLINI (M.), *Sulla « struttura » degli enunziati... op. cit.*, p. 251 et s.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

même - traduit aussi la volonté des constituants de favoriser le développement du système juridique. Car, au-delà de la stratégie politique permise, au moment constituant, par le recours aux normes constitutionnelles programmatiques, celles-ci sont aussi un instrument d'une stratégie politique menée après l'entrée en vigueur de la Constitution et qui a été favorable au législateur.

SECTION 2

LES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES, INSTRUMENTS D'UNE STRATÉGIE POLITIQUE FAVORABLE AU LÉGISLATEUR APRÈS L'ENTRÉE EN VIGUEUR DES CONSTITUTIONS

Le second aspect de la fonction originelle des normes constitutionnelles programmatiques consiste à laisser une place conséquente à une utilisation tactique de cet outil juridique. Si ces normes ont joué un rôle important lors de l'adoption de la Constitution en rendant possible un consensus politique, elles permettent aussi de prévoir une place importante aux décideurs. Les normes constitutionnelles programmatiques s'appréhendent en ce sens comme un instrument favorable à la loi. D'abord, en raison du fait qu'elles appellent le législateur à légiférer (§1), elles correspondent à un moteur pour la production législative future. Ensuite, parce que, initialement du moins, elles ont eu l'inconvénient de neutraliser la Constitution (§2).

1 § - Un instrument appelant à légiférer

Dans le cadre de cette analyse de la fonction originelle du concept de NCP, il y a lieu d'appréhender cette catégorie de normes comme un instrument dont l'utilisation œuvre manifestement en faveur de la loi. V. Crisafulli envisageait déjà l'approche des normes constitutionnelles programmatiques selon cette fonction. D'un côté, il identifie une fonction *positive*, c'est-à-dire téléologique³⁷⁴ ou programmatique³⁷⁵. De l'autre, il constate une fonction *négative*, c'est-à-dire de contrôle³⁷⁶. Positivement, la norme « programmatique » engendre une certaine orientation de la législation à venir³⁷⁷. Elle est en effet « destinée à établir ce qui pourra ou devra être institué dans certaines hypothèses et pour certaines matières »³⁷⁸.

³⁷⁴ Les normes constitutionnelles programmatiques ont en cela une fonction constructive. Leur rôle dans la dynamique de l'ordonnement juridique est de « déterminer la manière d'être de celui-ci, dans son ensemble, ou en partie plus ou moins grande ». Voir CRISAFULLI (V.), *Per la determinazione del concetto di principi*, p. 247, cité in SIRIMARCO (M.), *Veziò Crisafulli. Ai confini fra diritto e politica*, Editions Scientifiques Italiennes, 2003, p. 52.

³⁷⁵ BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, op. cit., p. 182.

³⁷⁶ Pour l'heure, dans la perspective d'une approche voulant mettre en lumière la norme constitutionnelle programmatique comme outil appelant le législateur à légiférer, seule la fonction positive nous intéresse (la fonction négative sera étudiée dans le cadre de l'analyse de la normativité de la norme constitutionnelle programmatique).

³⁷⁷ Pour certains, la norme constitutionnelle programmatique est une « méta-norme ». En ce sens, elle appartient à « l'ensemble des normes qui portent sur l'activité qui concerne les normes (activité de production,

Une des particularités de la fonction originelle de cette catégorie de normes constitutionnelles consiste ainsi à appeler le législateur à légiférer. De cette manière, elles favorisent l'action législative. Cette fonction s'observe dans la structure des dispositions qui énoncent ces normes (A) ainsi que dans la jurisprudence ordinaire (B).

A – Une fonction identifiée dans la structure des normes constitutionnelles programmatiques

Le renvoi qu'opère la norme constitutionnelle programmatique au pouvoir normateur s'identifie, clairement, dans la formulation textuelle des dispositions des Constitutions qui énoncent ces normes. C'est pourquoi l'analyse structurelle s'effectue sur la disposition qui énonce le programme constitutionnel et non sur la norme elle-même³⁷⁹. Elle réclame donc, au préalable, de rappeler la distinction classiquement établie entre la notion de « norme » et celle de « disposition » (1). Car c'est bien l'observation du texte de la disposition constitutionnelle programmatique qui dévoile un lexique signifiant une action (2), dont la réalisation est attribuée à la puissance publique (3). Enfin, la syntaxe des dispositions constitutionnelles programmatiques fait des normes qu'elles véhiculent des « normes de mission » (4).

1 – Le recours à l'analyse structurelle ou la nécessaire distinction entre la « norme » et la « disposition »

Trop souvent confondues, les notions de « norme » et de « disposition » méritent une clarification³⁸⁰. En effet, il n'est pas rare de voir utilisées indifféremment les expressions de

d'application, de révision, d'abrogation, d'interprétation), et des normes qui portent sur des normes ». MAZZARESE (T.), « Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto », *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici, a cura di Comanducci e Guastini*, Turin, 1996, p. 130. L'auteur précise qu'à l'intérieur des méta-normes, il existe d'autres subdivisions parmi lesquelles on trouve les normes programmatiques, lesquelles ont pour objet « l'indication de matières à régler normativement sans pour autant individualiser tous les critères d'invalidité », p. 132. De même, pour R. Guastini, « les méta-normes sont les énoncés législatifs qui ont pour objet non pas la conduite humaine, mais d'autres normes... », GUASTINI (R.), *Il giudice e la legge*, Turin, 1995, p. 67 et s. Cités in GASLINI (M.), *Sulla « struttura » degli enunciati costituzionali*, op. cit., p. 248 et s.

³⁷⁸ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione... op. cit.*, p. 17.

³⁷⁹ L'analyse structurelle des normes constitutionnelles programmatiques permet d'identifier les caractéristiques spécifiques des énoncés qui supportent ces normes. A ce sujet, comparant les « normes programmatiques » et les « principes », J.-J. Pardini offre une liste d'énoncés à caractère programmatique présents dans la Constitution italienne. PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait »... op. cit.*, p. 198, note 26. C'est en partie sur cet apport que nous dégagerons une étude structurelle des normes constitutionnelles programmatiques. Notre analyse sera donc initialement effectuée au regard, d'une part, des exemples ainsi fournis par l'étude précitée et, d'autre part, par des dispositions du Préambule de la Constitution française de 1946 que l'on sait maintenant être particulièrement marquée par la programmaticité

³⁸⁰ GUASTINI (R.), « Disposizione vs. norma », *Giur. cost.* II, 1989, p. 6. R. Guastini précise à cet égard que ce « n'est peut-être pas inopportun de souligner que la distinction entre disposition et norme est à peu près

« norme législative » et de « disposition législative ». Pourtant, la première n'est pas synonyme de la seconde³⁸¹. D'ailleurs, l'identification de chacune de ces notions revêt une importance fondamentale dans le cadre de la théorie de l'interprétation.

De même, on évoque parfois sans distinction la « norme programmatique » et la « disposition programmatique ». Ainsi, J.-J. Pardini précise que « lorsque sont en cause des “dispositions principes” ou des “dispositions programmes”, la situation factuelle devient une sorte de référence concrète de la norme constitutionnelle »³⁸². Ce qui, *a priori*, semble mêler les notions de norme et de disposition programmatique, la première tirée de la seconde. En Italie, S. Presta, dans un article intitulé « Des normes programmatiques à l'application directe » vise successivement, en fonction du contexte, les normes puis les dispositions programmatiques³⁸³. R. Bin consacre un ouvrage entier aux « normes programmatiques »³⁸⁴ dans lequel il vise aussi les énoncés ou dispositions programmatiques.

Cette brève remise en perspective doctrinale explique que l'on puisse encore vouloir préciser les contours de chacune de ces deux notions.

Une disposition correspond classiquement à un ensemble de « formules linguistiques textuelles »³⁸⁵. Ce sens « lexicologique »³⁸⁶ renvoie autant à une partie d'un texte qu'à son intégralité³⁸⁷. La disposition doit se comprendre comme l'énoncé textuel prescriptif duquel est issue la norme juridique. Une disposition est ainsi observable. Ce qui ne peut être le cas d'une

inconnue du langage commun des juristes. Non pas parce que sont étrangers au langage doctrinal et jurisprudentiel les termes dans lesquels la distinction est formulée. Mais plutôt parce que les juristes utilisent indifféremment l'un ou l'autre terme ».

³⁸¹ Sur ce point, nous renvoyons le lecteur à la mise en relation, établie par Th. Di Manno, de la norme et de la disposition in *Le juge constitutionnel et la technique...* op. cit., p. 52 et s. L'auteur précise qu' « il faut ajouter au slogan une disposition, une norme, quatre autres formules qui mettent en exergue la subtilité des rapports entre ces deux concepts. Ainsi d'une disposition peuvent être tirées plusieurs normes (une disposition, des normes), mais une norme peut aussi découler de plusieurs dispositions (une norme, des dispositions). Enfin, il peut exister des normes qui ne correspondent à aucune disposition (norme sans disposition), et surtout des dispositions qui ne contiennent aucune norme (dispositions sans normes) ».

³⁸² Alors, le fait permet au juge de tirer la norme adéquate à la situation de la disposition programme qu'il a à appliquer. PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait »*, op. cit., p. 189 et s. Voir notamment le premier paragraphe intitulé « Les “normes programmatiques” et les “principes” », p. 198.

³⁸³ PRESTA (S.), « Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta », op. cit., p. 361 et s.

³⁸⁴ BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, op. cit.

³⁸⁵ ZAGREBELSKY (G.), *La giustizia costituzionale*, op. cit. p. 42. ESCARRAS, (J.-C.), « Eléments de référence », *AJJC*, I, 1985, p. 542. Sur une étude italienne classique de la distinction norme-disposition, voir CRISAFULLI (V.), « v° Disposizione (e norma) », in *Enc. dir.*, vol XIII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 195 et s.

³⁸⁶ DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, op. cit., p. 49.

³⁸⁷ V. Crisafulli précise à cet égard que « pour avoir un disposition juridiquement signifiante il faut souvent, en effet, le concours de plusieurs propositions linguistiques, même si topographiquement elles sont distinctes dans le texte de l'acte normatif ; et le cas est fréquent, au contraire, où dans une seule proposition grammaticalement et syntaxiquement unitaire (qui s'exprime dans un article ou dans un alinéa) sont formulées plusieurs dispositions dotées – chacune – d'une signification propre et distincte ». CRISAFULLI (V.), *Lezioni di diritto costituzionale*, op. cit., p. 42.

norme. Celle-ci étant la signification donnée à cet énoncé³⁸⁸ et non un objet tangible, elle ne peut être appréhendée que par le biais d'une « opération intellectuelle de compréhension »³⁸⁹. C'est pourquoi la disposition constitutionnelle, et non la norme, fera l'objet d'un travail de « déstructuration » qui consiste à isoler les composants spécifiques de sa structure textuelle. Il s'agit d'opérer une analyse lexicale qui conduit à identifier les éléments, notamment grammaticaux, dont les dispositions constitutionnelles programmatiques sont constituées. Il ressort de cette approche que la formulation de ce type de dispositions se caractérise par l'utilisation d'un lexique qui renvoie principalement à la notion d'« action ».

2 - Un lexique signifiant une action

Un regard porté sur les verbes inscrits dans les énoncés programmatiques permet d'établir un constat. La formulation des dispositions constitutionnelles programmatiques peut revêtir trois formes différentes. La première, qui rend compte avec évidence de la programmaticité en ce qu'elle désigne clairement une prestation, utilise les expressions « droit à... » ou « droit d'obtenir... ». Ainsi, l'article 36 de la Constitution italienne prévoit que « *le travailleur a droit au repos hebdomadaire et à des congés annuels rétribués* ». De même, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution française prévoit que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». La seconde exprime une réserve de loi³⁹⁰. La disposition énonce les compétences qui relèvent du législateur. Enfin, la troisième formulation contient des verbes qui renvoient manifestement à une *action*. Ainsi, l'article 32 de la Constitution italienne prévoit que « *La République protège la santé en tant que droit fondamental...* ». Dans le même sens, l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution française de 1946 dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

³⁸⁸ Pour H. Kelsen, la norme est « la signification d'un acte ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 7.

³⁸⁹ DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel...*, op. cit., p. 51. Il convient toutefois de préciser que la Constitution mêle l'une et l'autre de ces notions. Sa compréhension passe par le prisme de l'alternative disposition-norme. C'est-à-dire, soit littéralement en considérant ses propositions grammaticales ; soit intellectuellement en visant les sens donnés à la disposition interprétée. En définitive, celles-ci « *appartiennent au champ des textes, des signes, des actes écrits ; les normes au champ des sens, des fruits de l'interprétation* ». BIN (R.), « La Corte costituzionale tra potere e retorica : spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito », cité par PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, op. cit., p. 44.

³⁹⁰ Sur ce point particulier, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos développements de la seconde partie relatifs à la notion de réserve de loi, p. 200 et s.

Certes, il n'y a, en cela, rien de bien surprenant si l'on se souvient du postulat de base selon lequel les normes constitutionnelles programmatiques correspondent à des normes qui mettent à la charge de la puissance publique la poursuite d'une finalité particulière. Ceci étant, la mise en relation des verbes inscrits dans ces dispositions constitutionnelles et de l'action qu'ils expriment incite à voir dans ces normes programmatiques une catégorie qui rend compte de l'élaboration d'un devenir du droit. Un droit dont la réalisation est confiée à la puissance publique dont l'action est alors indispensable.

Manifestement, des deux côtés des Alpes, il ressort des termes employés par les constituants une volonté de charger *La République, la loi, la Nation* ou *l'État* de certaines missions. De cette manière, même si ces prescriptions se réalisent progressivement dans le temps³⁹¹, elles prennent racine dans/dès leur énonciation.

Effectivement, ces textes constitutionnels précisent que le sujet de l'action *garantit...*, *assure...*, *reconnaît...*, *favorise...*, *met en œuvre...*, *harmonise...*, *protège...*, *écarte...*, *fixe...*, *crée...*, *rend effectif...*, *veille...*, *encourage...*, *aide*³⁹²... Autant d'énonciations qui indiquent la manière dont l'énoncé qui les prévoit doit être compris. En ce sens, la disposition programmatique s'entend comme une garantie, comme une protection. Par ces affirmations, le constituant crée des effets dans la réalité extralinguistique, car énoncer « *la République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu...* », c'est aussi reconnaître qu'un état de chose *a lieu*. C'est-à-dire que, loin de n'établir qu'un seul constat, cette disposition agit sur le monde dans le sens que prévoit – ou du moins revendique – une telle action.

Le champ lexical auquel appartiennent les verbes des dispositions programmatiques n'est donc pas anodin. Il est clair que ce ne sont pas des « verbes d'état » exprimant un simple constat, ou une seule description de ce qui est. Pourtant, pendant longtemps, la majeure partie de la doctrine, refusant de reconnaître aux dispositions constitutionnelles programmatiques valeur juridique, a fait valoir leur seul caractère descriptif dans le but de leur nier tout caractère déontique propre à la règle de droit³⁹³. Il est donc particulièrement intéressant que ces dispositions contiennent des

³⁹¹ Nous consacrerons des développements spécifiques à la réalisation progressive de la norme constitutionnelle programmatique dans la seconde partie de notre étude.

³⁹² Par exemple, aux termes de l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution française, « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». L'alinéa 10 prévoit que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». L'alinéa 11 prévoit que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». De même, aux termes de l'article 4 de la Constitution italienne, « *la République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et promeut les conditions qui rendent effectif ce droit* ». L'article 31 prévoit que « *la République favorise par des mesures économiques et autres moyens la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte* ».

³⁹³ MORTATI (C.), « *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali* », *La Costituzione della Repubblica, Cinquant'anni di discussioni, critiche, giustificazioni*, ORNAGHI (L.), (sous la direction de), Milan, 1996,

« verbes d'action ». Car loin de se cantonner au descriptif, les termes utilisés sont bien annonciateurs d'une action à venir.

Cette analyse du lexique des dispositions constitutionnelles programmatiques conduit à considérer la notion d'« action » comme élément servant à la construction d'un prototype de norme constitutionnelle programmatique. Afin de confirmer notre propos, nous ne pouvons que remarquer le contraste existant entre les dispositions constitutionnelles programmatiques et les dispositions constitutionnelles non programmatiques. Pour les secondes, les verbes, bien moins variés, se limitent souvent aux seuls « est », « sont », « peut », « doit », « a le droit »... Ainsi en est-il des énoncés de la Constitution italienne aux termes desquels « *la liberté personnelle est inviolable* »³⁹⁴, « *le domicile est inviolable* »³⁹⁵, « *tout citoyen peut circuler et séjourner librement sur n'importe quelle partie du territoire...* »³⁹⁶. Il en est de même des dispositions de la Constitution française aux termes desquelles la propriété est un droit inviolable et sacré³⁹⁷, « *la langue de la République est le français* »³⁹⁸, « *le Conseil économique et social, saisi par le Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de lois qui lui sont soumis* »³⁹⁹. Dans ces cas, les verbes posent ce qui *est* sans exiger de poursuivre une œuvre protectrice ou valorisante en vue d'une finalité particulière prédéterminée, une « mission » pourrait-on dire, comme c'est en revanche le cas pour les dispositions programmatiques.

C'est pourquoi, la référence à « l'action » attendue de la puissance publique paraît bien correspondre à un élément caractéristique des normes constitutionnelles programmatiques. D'ailleurs une *action* s'entend communément comme ce qui « *produit des effets sur un objet par son existence [...], elle suppose un processus complexe [...], un ensemble de manifestations volontaires et coordonnées exécutées pour un objectif déterminé* »⁴⁰⁰. Ces éléments de définition, pourtant issus du langage profane, n'en sont pas moins précieux pour notre propos. Car dire qu'une disposition programmatique implique une action à accomplir, c'est aussi, au regard de ce qui précède, énoncer qu'elle appelle un résultat à venir. Cela rend compte de la nécessité de poursuivre un programme investi d'une finalité particulière. Ainsi, le verbe employé dans la disposition implique une tension vers cette finalité. Finalité dont la poursuite revient

p. 66 et s. HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 29^{ème} éd., LGDJ, coll. « Manuels », 2005, p. 840.

³⁹⁴ Article 13, alinéa 1, de la Constitution italienne.

³⁹⁵ Article 14, alinéa 1, de la Constitution italienne.

³⁹⁶ Article 16, alinéa 1, de la Constitution italienne.

³⁹⁷ Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

³⁹⁸ Article 2 de la Constitution française.

³⁹⁹ Article 69 de la Constitution française.

⁴⁰⁰ Dictionnaire Robert.

invariablement à la puissance publique. Celle-ci est désignée, par l'énoncé programmatique, comme le destinataire de l'action normatrice : en d'autres termes comme l'actant.

3 - Une formulation désignant la puissance publique comme sujet de l'action

Parce qu'elles supposent la poursuite d'un objectif en vue de leur réalisation, les normes constitutionnelles programmatiques orientent le développement de la législation à venir. Il est sur ce point caractéristique de cette catégorie de normes que cette réalisation soit confiée tout particulièrement à la puissance publique. Ce que remarque d'ailleurs très tôt V. Crisafulli. L'auteur italien montre, en effet, que cette classe de normes s'identifie au regard de la formulation textuelle des dispositions constitutionnelles qui les supportent. Or, manifestement, cette formulation vise les diverses entités de la puissance publique⁴⁰¹. Il s'agira donc de mettre en évidence les divers protagonistes désignés par les formulations lexicales afin d'en isoler les actants⁴⁰².

En effet, à la lecture des énoncés programmatiques, on constate la diversité des actants prévus par ces propositions. Que ce soit dans le texte de la Constitution française ou dans celui de la Constitution italienne, sont concernés en tant que « sujets de l'action », *la Nation, la République, la loi* (et à travers elle, le législateur) et *l'État* (ainsi que ses collectivités territoriales). Toutefois, force est d'admettre que cette pluralité d'actants est relative, puisque, dans tous les cas, c'est bien de représentations de la puissance publique dont il est question.

En Italie, c'est à la « République » qu'il incombe d'écartier les obstacles d'ordre économique et social⁴⁰³. Elle doit promouvoir l'effectivité du droit au travail⁴⁰⁴, mais aussi de la culture et de la recherche⁴⁰⁵. Elle protège le paysage⁴⁰⁶. Elle est garante de la santé et assure des soins gratuits aux indigents⁴⁰⁷. La formulation textuelle des normes constitutionnelles programmatiques attribue ainsi une place importante à la République comme sujet de l'action.

On remarque en revanche que si la « République » occupe une place importante au rang d'actant de ce type de normes en Italie, la notion de « République » est peu utilisée dans les dispositions de

⁴⁰¹ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni...*, *op. cit.*, p. 109 et s.

⁴⁰² Le terme « actant » est entendu comme désignant le sujet de l'action. Il est emprunté à l'expression utilisée initialement par J. Chevallier dans son analyse structurale du Préambule de la Constitution de 1946. CHEVALLIER (J.), « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946...*, *op. cit.*, p. 16 et s. Pour une étude italienne, voir notamment GASLINI (M.), *Sulla « struttura » degli enunciati costituzionali*, Milan, Giuffrè, 2002.

⁴⁰³ Article 3 alinéa 2 de la Constitution italienne.

⁴⁰⁴ Article 4 alinéa 1 de la Constitution italienne.

⁴⁰⁵ Article 9 de la Constitution italienne.

⁴⁰⁶ Article 9 de la Constitution italienne.

⁴⁰⁷ Article 32 de la Constitution italienne.

la Constitution française. Elle ne correspond pas au sujet privilégié de l'action prévue par une disposition constitutionnelle programmatique. Or, cela peut surprendre pour au moins deux raisons.

D'une part, par le passé, la « République » a été personnifiée. Au début du siècle dernier, les débats parlementaires ont effectivement montré une certaine personnification de la « République ». Par exemple, la séparation de l'Église et de l'État fut considérée comme la seule solution qui permettait à la République de ne plus être *humiliée* et qui pouvait être « *conforme [à ses] intérêts et [à sa] dignité* »⁴⁰⁸. Déjà personnifiée, on aurait donc légitimement pu penser que la « République » serait, plus que d'autres sujets, désignée comme l'actant de la norme constitutionnelle programmatique.

D'autre part, la notion de « République » s'associe particulièrement à celle de « valeurs sociales ». En France, par tradition, la première et les secondes sont intimement liées⁴⁰⁹. Or, les dispositions relatives aux droits sociaux étant, nous l'avons vu, dans une large mesure associées au caractère programmatique, il aurait été logique que la formulation textuelle des normes constitutionnelles programmatiques utilise volontiers la « République » comme actant. Pourtant ce n'est pas le cas.

Cela ne signifie pas que la notion de « République » soit absente du texte constitutionnel français. Elle apparaît d'ailleurs dès son premier article aux termes duquel « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». Mais la « République » s'entend ici, non seulement comme le fondement de la France, mais aussi comme son régime politique fondé sur des valeurs et dans lequel le président de la République est élu. Ainsi, « *La langue de la République est le français* »⁴¹⁰. Dans le même sens, la République est présidée par le chef de l'État auquel sont consacrés les articles du titre II de la Constitution de 1958. Ou encore, la République est associée au territoire soumis à la souveraineté de la France⁴¹¹. Même dans le Préambule de la Constitution de 1946, berceau privilégié des normes constitutionnelles programmatiques, le terme

⁴⁰⁸ BRIAND (A), rapporteur de la loi, séance du 21 mars 1905, annales de la Chambre de députés, p. 1242. Seule une personne subit l'humiliation, non une chose. Or, lors des débats parlementaires de 1905, le rapporteur de la loi insiste sur le fait que « *pendant trente-quatre ans, la République a pu s'accommoder [du Concordat]. C'est vrai ; mais au prix de quelles concessions humiliantes et de combien de capitulations de principes !* ».

⁴⁰⁹ MATHIEU, (B.), « La République sociale », in MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), (sous la direction de), *La République en droit français*, Economica, coll. Droit public français, actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992, p. 175 et s. ; JOSSO (S.), « Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/JossoTXT.pdf

⁴¹⁰ Article 2 de la Constitution française.

⁴¹¹ Article 16 de la Constitution française aux termes duquel « *Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel* ».

« République » est associé au territoire national, souverain, sur lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile⁴¹².

On constate donc que, contrairement aux dispositions programmatiques de la Constitution italienne, celles de la Constitution française ne s'adressent pas majoritairement à la « République », mais plutôt à la « Nation » et au « législateur ». Dans le second cas, il s'agit de domaines de compétences réservés au législateur que nous aborderons plus particulièrement par la suite. Dans le premier, le titre de compétence est attribué à la Nation. Celle-ci assure les conditions de développement nécessaires à l'individu et à la famille. Elle garantit la protection de la santé, ainsi que l'égalité d'accès à l'instruction. Chacune de ces formulations montre que le terme « Nation » est utilisé en matière sociale tout particulièrement⁴¹³. Or, la « Nation » renvoie traditionnellement à un regroupement d'individus unis par une volonté commune de vivre ensemble⁴¹⁴. Il paraît donc logique que dans des domaines purement sociaux, comme le sont la famille ou la santé, ce soit la Nation qui soit désignée comme garante. Il s'agit de l'actant auquel s'adresse la norme programmatique lorsqu'il est question de solidarité et de recours à la collectivité.

Enfin, en France comme en Italie, le « législateur » reste l'actant privilégié. La norme constitutionnelle programmatique met à la charge de celui-ci, tout en lui donnant les compétences pour le faire, de poursuivre les finalités que la Constitution prévoit à travers elle. C'est pourquoi ces normes sont aussi désignées comme étant des « normes de législation »⁴¹⁵ ou des « réserves de loi ».

C'est le cas, par exemple, de l'article 24, alinéa 4, de la Constitution italienne aux termes duquel il revient à la « loi » de déterminer les conditions de réparation des erreurs judiciaires. Selon l'article 10, le « législateur » italien doit régler le statut juridique des étrangers conformément aux usages et aux traités internationaux. C'est la « loi » qui veille à l'accomplissement des tâches parentales en cas d'incapacité des parents à cet égard⁴¹⁶. Elle assure aux enfants nés hors mariage toute la protection, juridique et sociale, compatible avec les droits des membres de la famille légitime⁴¹⁷. Elle fixe les règles et les limites de la recherche de

⁴¹² Alinéa 2 du Préambule de la Constitution française de 1946.

⁴¹³ Alinéas 10, 11, 12, 13 du Préambule de la Constitution française de 1946.

⁴¹⁴ A côté de la « République », de la « loi » et de la « Nation », les dispositions programmatiques présentes dans le Préambule de la Constitution française de 1946 font référence à la « France » ainsi qu'à l'« Etat ». Pour une référence à la « France » comme actant, voir les alinéas 15, 16, 18 du Préambule. Ainsi, notamment, la « France » consent aux limitations de sa souveraineté sous réserve de réciprocité. Pour ce qui est de l'« Etat », voir l'alinéa 13 du même texte. L'Etat a ici le devoir de garantir l'enseignement public laïc et gratuit.

⁴¹⁵ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni...*, *op. cit.*, p. 110.

⁴¹⁶ Article 30 de la Constitution italienne de 1948.

⁴¹⁷ Article 30 alinéas 2 et 3 de la Constitution italienne de 1948.

paternité⁴¹⁸. Elle doit assurer aux écoles qui n'appartiennent pas à l'État et qui demandent la parité, une pleine liberté et donner à leurs élèves un traitement scolaire équivalent à celui des élèves des écoles de l'État. Pour cela, elle détermine leurs droits et leurs obligations⁴¹⁹. C'est aussi la « loi » qui fixe la limite d'âge minimum pour le travail salarié de la femme⁴²⁰. Enfin, le dernier alinéa de l'article 41 de la Constitution italienne prévoit que « *La loi détermine les programmes et les contrôles appropriés pour que l'activité économique publique et privée puisse être conduite...* ».

De même, il ressort du texte constitutionnel français que le « législateur » « *garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* »⁴²¹. La « loi » organique fixe les conditions pour saisir par voie de pétition le Conseil économique, social et environnemental⁴²². La « loi » prévoit les conditions pour que les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus⁴²³. Enfin, le droit de grève s'exerce dans les conditions prévues par la « loi »⁴²⁴.

L'appel que font ces normes à la puissance publique et, plus particulièrement au législateur, se constate donc dans la formulation des dispositions constitutionnelles programmatiques ce qui les distingue des dispositions constitutionnelles non programmatiques. On le voit, par exemple, avec l'avant-dernier alinéa de l'article 21 de la Constitution italienne qui correspond à une disposition programmatique qui énonce que « *la loi peut établir, par des normes de caractère général, que les moyens de financement de la presse périodique soient rendus publics* ». Cette formulation contraste avec celle du premier alinéa du même article aux termes duquel « *tout individu a le droit de manifester librement sa pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion. La presse ne peut être soumise à autorisation ou censure* »⁴²⁵. D'un côté, le premier alinéa de l'article 21 concerne la liberté et l'organisation de son exercice et de sa limitation. De l'autre, l'avant-dernier alinéa, concerne une finalité, celle de prévoir le financement de la presse, dont la poursuite est mise à la charge du législateur. Il s'agit de l'avant-dernier alinéa. Dans le premier

⁴¹⁸ Article 30 dernier alinéa de la Constitution italienne de 1948.

⁴¹⁹ Article 33 alinéa 4 de la Constitution italienne de 1948.

⁴²⁰ Article 37 alinéa 2 de la Constitution italienne de 1948.

⁴²¹ Article 4 de la Constitution française de 1958.

⁴²² Article 69 alinéa 3 de la Constitution française de 1958.

⁴²³ Article 72 alinéa 3 de la Constitution française de 1958.

⁴²⁴ Alinéa 5 du Préambule de la Constitution française de 1946.

⁴²⁵ Aucun renvoi au législateur n'est formulé. Il en est de même des alinéas 2 et 3 de cet article qui posent le principe général de la liberté d'exprimer sa pensée, particulièrement au moyen de la presse et qui l'organise : « *Il ne peut être procédé à une saisie que par un acte motivé de l'autorité judiciaire en cas de délits ou crimes, pour lesquels la loi sur la presse l'autorise expressément, ou en cas de violation des règles que la loi elle-même prescrit pour l'indication des responsables. Dans ces cas, lorsque l'urgence est absolue et que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut avoir lieu à temps, la saisie de la presse périodique peut être effectuée par des officiers de police judiciaire, qui doivent immédiatement, et au plus tard dans les vingt-quatre heures, avertir l'autorité judiciaire. Si celle-ci ne la confirme pas dans les vingt-quatre heures suivantes, la saisie est considérée comme révoquée et privée de tout effet* ».

cas, la disposition prévoit une réglementation directe des rapports inhérents à la liberté d'expression de la pensée et, par conséquent, la reconnaissance d'un droit subjectif. Dans l'autre, il s'agit de l'engagement d'un but à atteindre et, pour cela, l'attribution de la compétence aux organes législatifs de donner la réglementation la plus opportune⁴²⁶. Il est ainsi demandé au législateur d'intervenir pour exécuter le programme constitutionnellement prévu.

L'analyse structurelle de la formulation des dispositions constitutionnelles programmatiques démontre donc bien, en Italie comme en France, que les normes constitutionnelles programmatiques désignent invariablement la puissance publique comme actant. Autrement dit, comme sujet de l'action prévue par ce type de normes. L'un et l'autre, l'actant et l'action, sont unis par un lien particulier. Ce lien s'identifie comme une mission incombant au sujet de réaliser l'action. C'est là un dernier aspect caractéristique de la fonction de la norme constitutionnelle programmatique. Nous verrons alors que la syntaxe des dispositions qui les supportent rend facilement compte d'une « norme mission » que le législateur devra réaliser en légiférant.

4 – Une syntaxe dévoilant des « normes mission »

L'analyse de la structure lexicale des dispositions constitutionnelles programmatiques a montré que ces énoncés attribuent une action à la puissance publique - et particulièrement le législateur - qui est l'actant devant réaliser cette action. Sous cet aspect, la norme constitutionnelle programmatique rend compte d'une « norme mission ». Plus précisément, les termes avec lesquels sont formulées ces dispositions manifestent trois genres de missions qui se distinguent suivant leur degré de précision.

Le premier genre concerne les normes qui visent expressément le législateur en lui attribuant une mission spécifique. Il doit légiférer dans un sens déterminé. Le législateur est ici investi d'un

⁴²⁶ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni...*, *op. cit.*, p. 110. Cela étant, le recours au législateur en tant qu'actant de la norme constitutionnelle programmatique peut se justifier par la nature de compromis que les Constitutions italienne et française revêtent. Par exemple, si la liberté de la presse est ici directement réglementée par la norme constitutionnelle, c'est qu'elle touche aux libertés civiles qui, elles, n'ont pas fait l'objet de discordances d'opinions politiques au moment constituant. En revanche, si l'avant dernier alinéa attribue à la norme qu'il prévoit un caractère programmatique, c'est parce qu'il met sous la compétence du législateur la charge de réglementer le financement de la presse. Cette norme appelle une réforme d'ordre économique et financier. Les limites et possibilités liées à l'organisation du financement de la presse n'ayant pas été déterminées par les constituants, c'est donc au législateur qu'il revient de le faire. A cela s'ajoute une justification d'ordre matériel. En effet, cette réglementation conditionne le bon exercice d'une liberté - la liberté de la presse en particulier, celle d'exprimer sa pensée en général - or, ce domaine d'intervention est par principe réservé à l'organe législatif.

pouvoir et doit, de ce fait, « orienter la fonction législative dans le sens indiqué »⁴²⁷ par la norme. Dans ces conditions, la disposition constitutionnelle programmatique prévoit un « mandat constitutionnel »⁴²⁸.

C'est par exemple le cas de l'article 7 de la Charte de l'environnement adossée à la Constitution française. Aux termes de cette disposition, le législateur doit définir les *conditions* et les *limites* au droit de chacun d'accéder aux informations relatives à l'environnement. La mission qui incombe à la loi est donc précisée. Le missionnaire est identifié. Ce n'est pas l'entité « abstraite » puissance publique réifiée par l'État ou par la République. Mais une entité « humanisée », individualisée, inscrite dans le fonctionnement concret du système politique, à savoir le législateur à travers sa production législative. Dans le même sens, l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution française comme l'article 40 de la Constitution italienne prévoient que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Le législateur est bien investi d'une mission particulière, celle de réglementer l'exercice du droit de grève. De cette manière, non seulement les constituants investissent le législateur d'une mission étatique, mais ils l'habilitent⁴²⁹ - en le mandatant à cet effet - à prendre toutes dispositions permettant de poursuivre ces missions⁴³⁰. C'est pourquoi, l'on considère les normes constitutionnelles programmatiques correspondant à ces dispositions comme

⁴²⁷ Voir VIDAL NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris, 2004, sous la direction de Verpeaux (M.), Paris, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2007, *op. cit.*, p. 69 et s.

⁴²⁸ Nous empruntons l'expression au juriste espagnol G. Peces Barba Martinez. Pour l'auteur, la Constitution espagnole de 1978 contient notamment des mandats constitutionnels, des clauses de protection et des clauses de veille. PECES BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004. Dans le même sens, J. Tremeau analyse le cas des « principes directeurs de la politique sociale et économique » fixés par la Constitution espagnole en considérant qu'ils « constituent une sorte de mandat adressé au législateur, qui se doit d'orienter la fonction législative dans le sens indiqué par ces principes ». TRÉMEAU (J.), in FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 125. P de Montalivet fait alors le lien avec « certains droits fondamentaux de la seconde et de la troisième génération [qui] apparaissent plutôt comme des mandats adressés au législateur, chargé de les mettre en œuvre ». DE MONTALIVET (P.), Thèse précitée, p. 402. De même, O. Jouanjan considère que les dispositions constitutionnelles qui garantissent que « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté » constituent « un mandat constitutionnel obligatoire à l'égard du législateur », JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », AJDA, 1998, n° spécial, p. 47. Dans le même sens, voir notamment MARINESE (V.), *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, Thèse, (sous la direction de G. Carcassone), Paris-Nanterre, 2007, p. 187.

⁴²⁹ Sur une étude portant spécifiquement sur les normes d'habilitation, voir TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Thèse, Paris-Nanterre, sous la direction de Troper (M.), 2004, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006.

⁴³⁰ Ainsi, en Italie, la « loi protège la maternité » ; elle « aide et favorise [le] développement » de la fonction sociale de la coopération à caractère de mutualité ; elle « pourvoit à la protection et au développement de l'artisanat » ; elle « détermine les conditions et les modalités de la réparation des erreurs judiciaires » ; elle « fixe les règles et les limites de la recherche de paternité » ; elle réglemente le droit de grève ; elle « assure l'indépendance » du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes à l'égard du gouvernement, ou une « loi constitutionnelle fixe les conditions, les formes, les délais de recours en inconstitutionnalité... ». L'analyse est semblable en France, où, selon les cas de dispositions constitutionnelles programmatiques, il revient clairement au législateur, à travers la « loi », de poursuivre une mission déterminée. Ainsi, le législateur doit « favoriser l'égalité d'accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux... » ou garantir « à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». C'est également le cas lorsque le constituant prévoit qu'il incombe à la loi de garantir « les expressions pluralistes des opinions... ».

des normes qui « *apparaissent plutôt comme des mandats adressés au législateur, chargé de les mettre en œuvre* »⁴³¹.

Le second genre de mission que peut prévoir une disposition constitutionnelle programmatique est moins précis quant à la mission elle-même ou quant au sujet qui en est chargé. Il s'agit des « clauses de protection ». Dans ce cas, la disposition vise un domaine particulier qui relève de l'ordre social, économique ou encore environnemental. L'analyse structurelle de ces énoncés constitutionnels montre en outre qu'ils utilisent des termes qui renvoient à la notion de « protection ». Mais, contrairement aux mandats constitutionnels, la clause de protection n'investit pas exclusivement le législateur de la mission.

C'est par exemple le cas de l'article 9 alinéa 2 de la Constitution italienne aux termes duquel « *(la République) protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la Nation* ». Il en est de même des articles 6 et 31 qui prévoient respectivement que la République « *protège par des normes particulières les minorités linguistiques* » et « *protège la maternité, l'enfance et la jeunesse* ». C'est aussi le cas de certaines dispositions programmatiques de la Constitution française tels les alinéas 10 et 11 du Préambule. Il est vrai que le terme « protéger » n'est pas employé expressément, mais il est bien question d'assurer ou de garantir un bien. En effet, l'alinéa 10 prévoit que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Dans le même sens, aux termes de l'alinéa 11, elle « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

Le troisième genre de mission correspond au degré le moins précis de ces « normes mission ». Il s'agit des « clauses de veille »⁴³². Beaucoup plus générales que les mandats constitutionnels ou que les clauses de protection, les clauses de veille rendent compte du souci qu'avaient les constituants de n'exclure aucun domaine de la vie du champ constitutionnel⁴³³. Ces clauses se caractérisent par le fait qu'elles ne mettent pas à la charge de l'État une action *constructrice*, ou du moins positive. C'est-à-dire qu'elles n'impliquent pas une réalisation, une garantie, ou une

⁴³¹ TREMEAU (J.) in FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 127 et s. On retrouve d'ailleurs la notion de mandat constitutionnel dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Ainsi, le Tribunal constitutionnel espagnol, concernant les principes directeurs de la politique sociale et économique prévus par la Constitution, estime que certains d'entre eux correspondent à des mandats. Il en est ainsi lorsqu'il juge que le mandat constitutionnel dirige les pouvoirs publics pour garantir l'institution familiale. Voir sent. n° 203/2000, BOE, n° 203, 20000824, *fundamento jurídico* 4.

⁴³² PECES BARBA MARTINEZ (G.), op. cit.

⁴³³ Il existe d'autres dispositions constitutionnelles qui expriment un autre genre de clause de veille, sans rapport avec une norme constitutionnelle programmatique. C'est le cas par exemple de l'article 60 de la Constitution française qui prévoit que « *le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum...* ». Dans ce cas, la disposition vise ici un titre de compétence accordé au Conseil constitutionnel et non une action à réaliser.

réglementation. Il est, au contraire, question, d'éviter. Ainsi en est-il de l'article 3 alinéa 2 de la Constitution italienne aux termes duquel « *il appartient à la République d'écarter les obstacles d'ordre économique et social...* ». Dans ce cas précis, il s'agit d'écarter des obstacles. Ces derniers sont donc nécessairement préexistants à l'action de l'État. Il lui appartient de les repérer, de les analyser et enfin de les annihiler. Certes, par une *création* normative, et donc positive. Mais celle-ci reste cependant postérieure à l'état à redresser. En ce sens, il s'agit bien pour la puissance publique de *veiller* à neutraliser ces obstacles.

Il résulte de ce qui précède que la formulation des dispositions constitutionnelles programmatiques rend compte d'une norme mission qui peut varier selon le degré de détermination de l'action et du sujet de l'action. Mais qu'il s'agisse d'un mandat, d'une clause de protection ou de veille, l'approche de la structure de ces énoncés montre qu'une tâche est mise à la charge de la puissance publique, et en premier chef du législateur⁴³⁴. Que ce soit par la réglementation de l'exercice d'un droit ou par la protection d'une exigence constitutionnelle, ces dispositions appellent une production normative afin de satisfaire cette mission. Autrement dit, les normes constitutionnelles programmatiques appellent bien le législateur à légiférer. En France et en Italie, c'est en effet le législateur qui est investi d'une véritable mission par le constituant. Cette fonction que l'analyse structurelle démontre est d'ailleurs confirmée par l'analyse de la jurisprudence des juges ordinaires français et italiens.

*B – Une fonction identifiée par la jurisprudence ordinaire*⁴³⁵

La structure textuelle des dispositions constitutionnelles programmatiques appelle l'action du législateur. La formulation de ces énoncés valorise donc déjà la place de ce dernier. Cela étant, il convient de préciser que les normes constitutionnelles programmatiques permettent aux juridictions ordinaires de mettre, elles aussi, la loi en valeur⁴³⁶.

⁴³⁴ GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnel*, Thèse, Aix-Marseille, sous la direction de D. Rousseau, 2001, Bruylant, 2008, collection « Droit public comparé et européen », p. 480.

⁴³⁵ Il est ici question de la jurisprudence produite par les juges ordinaires français et italiens. Il est vrai qu'en Italie, l'expression « juge ordinaire » ne revêt pas la même signification qu'en France. Le pouvoir juridictionnel ordinaire italien est exercé par des magistrats appartenant à l'ordre judiciaire qui sont divisés en juges et magistrats du ministère public, respectivement pour l'exercice de la fonction de jugement ou de la fonction requérante. En France, le juge ordinaire désigne à la fois le juge administratif et le juge judiciaire. Dans les développements qui suivent, nous utilisons l'expression francisée puisque par « juge ordinaire », nous visons les juges administratifs et judiciaires français et italiens, afin de les distinguer des juges constitutionnels.

⁴³⁶ Au lendemain de l'entrée en vigueur des Constitutions, les juridictions constitutionnelles française et italienne n'étaient, selon le pays, peu ou pas actives. D'une part, jusqu'en 1956, la Cour constitutionnelle italienne n'existait pas faute d'avoir été instituée par la loi. D'autre part, jusqu'en 1971, le Conseil constitutionnel français ne possédait pas encore tous les outils nécessaires pour remplir entièrement son office. C'est

On sait que la jurisprudence ordinaire de ces deux pays considère que la norme constitutionnelle programmatique est une norme qui ne s'applique pas directement à un justiciable⁴³⁷. C'est-à-dire qu'aucun justiciable ne peut se prévaloir de ce type de normes devant une juridiction ordinaire⁴³⁸. L'absence d'application directe implique surtout la nécessité d'une phase normative ultérieure de mise en œuvre : la norme constitutionnelle programmatique appelle le législateur à légiférer pour la rendre applicable.

Dans ces conditions, une disposition programmatique ne peut donc être invoquée devant le juge tant qu'une loi n'a pas précisé ses modalités d'application. C'est pour cela que, par exemple, par une décision de 1948, le Tribunal civil de Riom récuse tout effet juridique à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution française relatif au droit de grève⁴³⁹. Pour le juge judiciaire français, « *il est de doctrine et de jurisprudence constantes que lorsqu'une loi contient des dispositions subordonnant expressément ou nécessairement son exécution à une condition déterminée, elle n'est pas exécutoire au jour de sa promulgation, mais seulement lorsque cette condition est réalisée* »⁴⁴⁰. Traditionnellement, le juge refuse effectivement toute applicabilité à un cas d'espèce d'une disposition législative lorsque celle-ci prévoit expressément que sa mise en œuvre dépend de la réalisation d'une certaine condition. Le juge transfère donc simplement son raisonnement dans l'ordre constitutionnel, considérant qu'« *il ne peut qu'en être de même par analogie d'un texte constitutionnel, tenu en suspens par la publication d'une loi* »⁴⁴¹. Dans le même sens, le juge administratif considère que le législateur doit être intervenu afin qu'une norme constitutionnelle programmatique puisse être appliquée. Ainsi, il juge que « *si, en vertu du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alors en vigueur, "la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges relevant de calamités nationales", le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité* »⁴⁴².

Qu'il soit de l'ordre administratif ou judiciaire, le juge ordinaire français fait donc dépendre l'application d'une disposition constitutionnelle programmatique d'une intervention législative la

pourquoi, puisqu'il s'agit d'une approche de la fonction originelle des normes constitutionnelles programmatiques, nous ne considérons que la jurisprudence des juges ordinaires français et italiens.

⁴³⁷ Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos analyses de l'approche matérielle du concept de NCP développées dans le Titre 1.

⁴³⁸ L'« application » peut s'envisager comme la reconnaissance de la vocation d'une norme à s'appliquer à un domaine déterminé et à le régir. C'est l'aptitude d'une norme à gouverner des rapports juridiques entre tout justiciable, que ce soit entre la personne publique et les administrés, ou que ce soit entre personnes privées physiques ou morales. Il y a application directe d'une norme lorsque celle-ci est utilisée par le juge pour trancher un litige. Alors, le juge applique la norme à un cas particulier.

⁴³⁹ Tribunal civil de Riom, 16 décembre 1948, *Société des anciens établissements Duval c. Rainard et autres*, *Gaz. Pal.*, 1949-1, J., p. 33.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² CE, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, décision n° 68938, *Rec.* p. 607.

mettant en œuvre. Il en va de même en Italie. En l'occurrence, dans sa première décision en date du 7 février 1948 relative à l'application de la Constitution, la Cour de cassation avait distingué la catégorie des normes programmatiques des autres normes constitutionnelles⁴⁴³. En l'espèce, elle devait se prononcer sur le fait de savoir si l'article 25 alinéa 2 de la Constitution, aux termes duquel « nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant que le fait soit commis », devait s'appliquer. Le juge ordinaire énonce alors que l'application d'une disposition constitutionnelle est écartée lorsque cette disposition nécessite préalablement une mise en œuvre législative qui n'a pas eu lieu. Pour lui, « la Constitution contient par nature seulement des normes directives »⁴⁴⁴ dont le destinataire est le législateur⁴⁴⁵. Ses dispositions ne sont pas directement applicables. Elles requièrent l'intervention d'une loi. En tant que normes conditionnées « par l'émanation de normes complémentaires ultérieures »⁴⁴⁶, les normes constitutionnelles programmatiques sont considérées comme appelant le législateur à légiférer. Elles valorisent donc le travail législatif, et correspondent en cela à des instruments favorables au législateur.

Par ailleurs, en refusant de reconnaître l'application directe de ces normes, les juges ordinaires français et italiens ont fini par les priver de toute possibilité de produire leurs effets en contentieux. Ce faisant, en estimant que les normes constitutionnelles programmatiques ne s'appliquent pas sans une loi de mise en œuvre, c'est la portée des Constitutions française et italienne qui a été neutralisée.

2 § - Un instrument « neutralisant » les effets de la Constitution

En France comme en Italie, l'usage fait initialement des normes constitutionnelles programmatiques par les juges ordinaires semble bien caractériser une orientation de la jurisprudence dans un sens favorable à la loi. Ce qui se confirme avec l'éviction, qui en résulte, du droit positif de tout un pan des Constitutions italienne et française.

⁴⁴³ Cass. s. u. pen., 7 février 1948, *Foro it.*, 1948, II, p. 57 et s.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Sur la distinction « norme constitutionnelle programmatique » et « norme constitutionnelle prescriptive » opérée par le juge de droit commun, voir par exemple Cass. S. U., 9 avril 1949, *Foro it.*, n° 838 ; Cass. S.U., 17 février 1954, *Foro pad.*, 1954, I, 225 ; Cass. S.U. pen., 13 mars 1954, n° 16, *Foro it.*, 1954, II, p. 61.

⁴⁴⁶ CE, 21 décembre 1951, n° 1616, *Foro it.*, 1952, III, p. 205. Dès lors, le juge estime que les normes programmatiques « renfermées dans ce qui s'appelle des préambules ou dans des "déclarations de droits" séparées, [...] présentent le caractère de normes uniquement directives pour le législateur futur... ». Il en est de même de l'article 130 de la Constitution relatif à l'autonomie des entités locales qui « n'est pas d'application immédiate en ce qu'il présuppose l'institution des régions... », CE, IV, 17 novembre 1950, *Foro amm.*, 1951, I, 2, p. 58. Voir aussi CASSONI (G.), « Norme programmatiche e norme precettive nella nuova costituzione, nelle discussioni e nelle giurisprudenza del quinquennio », *op. cit.*, spécialement p. 101 et s.

Le concept de NCP n'ayant été défini ni par les Constitutions ni par le législateur, il revient donc au juge de le faire. Il doit déterminer si la norme constitutionnelle mise en cause est ou non programmatique afin de juger de sa possible application à l'espèce. De cette manière, il contribue à préciser un peu plus les contours de cette catégorie de normes. Mais, du fait de l'imprécision des critères caractérisant une norme constitutionnelle programmatique, le juge a initialement, en quelque sorte, instrumentalisé ce concept. En effet, le juge a parfois reconnu une norme constitutionnelle comme étant programmatique dans un cas, alors que, dans un autre, il a qualifié cette même norme de directement prescriptive. Du fait de l'indétermination des contours du concept de NCP, les juridictions ordinaires ont ainsi parfois utilisé de manière arbitraire la qualification de « programmatique »⁴⁴⁷. Ce jeu « d'entrée et de sortie » d'une norme constitutionnelle dans cette catégorie de normes a finalement conduit le juge à reconnaître la majorité des normes constitutionnelles comme étant programmatiques⁴⁴⁸.

Il est possible de justifier cela par la volonté que les juges ordinaires ont pu avoir de préserver les sources de droit traditionnelles autres que la Constitution. En raison de la culture juridique de l'époque, les juridictions ont parfois retenu arbitrairement la programmaticité d'une norme, privant cette dernière d'application directe. Cette époque est en effet largement influencée par le légicentrisme. Les juridictions - pas encore habituées à ce que la loi, expression de la souveraineté générale, ne soit plus la seule norme de référence - admettaient difficilement la force supérieure de la Constitution. Il est donc logique que les juges ordinaires aient eu tendance à qualifier les dispositions constitutionnelles soulevées devant eux de programmatiques. En leur refusant ainsi toute application directe, ils pouvaient se servir uniquement de fondements infra-constitutionnels pour statuer.

Néanmoins, la manière dont les juridictions ordinaires intègrent ou n'intègrent pas une norme constitutionnelle dans la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques peut parfois être critiquée. Jurisprudences contradictoires ou motivations succinctes, il arrive que certaines décisions qui refusent l'application de la Constitution au motif qu'une telle norme n'est pas directement invocable en contentieux témoignent d'un usage en quelque sorte abusif de ce concept.

⁴⁴⁷ PRESTA (S.), « Delle norme programmatiche all'applicazione diretta », *op. cit.*, p. 366 et s ; CLAPIE (M.), *De la consécration des principes politiques économiques et sociaux...*, *op. cit.*, p. 167 et s.

⁴⁴⁸ BON (M.), « Sull'efficacia normativa delle disposizioni costituzionali con particolare riferimento all'abrogazione di leggi anteriori », *Foro pad.*, 1949, IV, p. 73 et s. Sur ce point précis, nous renvoyons le lecteur à nos développements du premier chapitre du titre 1. Notre analyse tendait effectivement à démontrer que les normes constitutionnelles programmatiques se trouvent tant parmi les dispositions constitutionnelles relatives aux droits créances, que dans celles portant sur les droits libertés, ainsi que les garanties constitutionnelles de nature jurisprudentielle.

Par *abusif*, on entend le caractère parfois arbitraire de la distinction faite par le juge ordinaire entre les « normes programmatiques » et les « normes prescriptives » de la Constitution. C'est là, en effet, toute la difficulté inhérente à la pluralité de normes regroupées dans le concept de NCP. Puisque les identifications matérielle et formelle échouent à déterminer les contours précis de ce type de normes, dépourvues d'essence, celles-ci seront qualifiées de normes constitutionnelles programmatiques lorsqu'elles posséderont le plus de caractéristiques propres à cette catégorie. Or, la jurisprudence apprend que la manière dont une norme est intégrée à cette catégorie a parfois clairement démontré une véritable stratégie mise en œuvre par les juridictions ordinaires. Simone Presta⁴⁴⁹, dans une étude italienne portant spécifiquement sur les normes constitutionnelles programmatiques, illustre cela en rappelant certaines décisions de la Cour de cassation italienne.

Par exemple, avec sa décision du 24 janvier 1950, la juridiction judiciaire suprême italienne s'est prononcée sur l'applicabilité de l'article 21 de la Constitution italienne relatif à la liberté de manifestation de la pensée⁴⁵⁰. La Chambre pénale de la Cour de cassation devait, en effet, statuer sur la compatibilité d'une disposition législative antérieure à la Constitution de 1948 avec l'article 21 susvisé. Conformément à la jurisprudence antérieure⁴⁵¹, la Cour a estimé la norme constitutionnelle supérieure à la disposition législative qu'elle avait à connaître, laquelle, contraire à la première, fut abrogée. Jugée d'application directe, la norme de l'article 21 ne devait donc pas appartenir à la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques. C'est, par conséquent, logiquement que la Cour de cassation applique ici l'article 21 au contentieux. Pourtant, par la suite, la même juridiction s'est contredite en jugeant le même article 21 comme étant privé d'application directe, qualifiant cette fois cette disposition constitutionnelle de programmatique. Dans une décision en date du 15 juillet 1950, la chambre pénale de cette même Cour de cassation retient alors l'inaptitude de cette norme à justifier une abrogation⁴⁵². S. Presta souligne à cet égard que le raisonnement suivi par la Cour de cassation démontre une motivation pour le moins « tortueuse »⁴⁵³. Le juge semble ici avoir usé de subterfuges intellectuels dans le but dissimulé de qualifier l'article 21 de norme constitutionnelle programmatique, alors que, vraisemblablement, et

⁴⁴⁹ PRESTA (S.), « Delle norme programmatiche all'applicazione diretta », *op. cit.*, p. 366 et s. Voir aussi CALAMANDREI (P.), *La Costituzione e la leggi per attuarla...*, *op. cit.*, p. 64 ; CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni...*, *op. cit.*, p. 87 ; GUARINO (G.), « L'art. 113 t.u. delle leggi di P.S. », *Rass. dir. Pubbl.*, 1950, II, p. 381 ; BATTAGLINI (E.), « Osservazioni sull'art. 113 della legge di P.S. », *Giust. pen.*, 1949, II, p. 872.

⁴⁵⁰ Voir la décision de la Cour de cassation italienne, citée in CRISAFULLI (V.), *La Costituzione...*, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁵¹ Par exemple, Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 septembre 1949, *Nuovo dir.*, 1950, p. 26 ; Trib. S. Maria Capua Vetere, 26 janvier 1950, *Foro pad.*, 1950, IV, p. 76 ; Trib. Velletri, 10 mars 1949, *Foro pad.*, 1950, IV, p. 10 ; Trib. Padova, 20 janvier 1950, *Giur. it.*, 1950, I, p. 141 ; Cour Cass., Sez. un., 9 avril 1949, n° 838, *Sinossi giur.*, art. 111 ; CE. Sez., V, 26 mai 1948, n. 303 ; CE. Sez., V, 12 juin 1948, n° 341 ; CE. Sez., V, 27 novembre 1948, n° 781.

⁴⁵² Cass. pen., s.u., 15 juillet 1950, *Foro it.*, 1950, p. 24.

⁴⁵³ PRESTA (S.), *op. cit.*, p. 367.

selon la jurisprudence non seulement antérieure mais aussi postérieure à cette décision, le principe de la liberté de manifestation est d'application directe⁴⁵⁴.

Il en va de même devant le juge ordinaire français. La lecture de la jurisprudence administrative démontre la réticence du juge à utiliser les dispositions du Préambule de la Constitution pour fonder le contrôle de légalité. Pour éviter d'appliquer ces normes constitutionnelles programmatiques, le Conseil d'État avait alors recours aux principes généraux du droit dont il considérait que le Préambule de 1946 était le support⁴⁵⁵. Or, les premières analyses de ces principes soulignaient qu'une de leurs caractéristiques était d'être « applicables même en l'absence de texte »⁴⁵⁶. C'est pourquoi, comme le souligne M. Clapié, « *il apparaît ainsi que la répugnance du juge administratif à voir dans le Préambule de la Constitution un texte édictant de véritables règles de droit l'a conduit à faire une application peu cohérente des principes généraux du droit* »⁴⁵⁷.

Dans le même sens, lorsqu'il lui est demandé de se prononcer sur une potentielle atteinte au droit de grève prévu à l'alinéa 7 du Préambule, le juge administratif français préfère fonder sa décision sur le droit de grève considéré comme principe général du droit⁴⁵⁸. Pour le Rapporteur public de l'époque, le juge administratif devait mettre de côté le fondement constitutionnel et lui préférer celui d'un tel principe, parce que la norme constitutionnelle qui prévoit le droit de grève renvoie à « *des principes fondamentaux qui doivent inspirer tant l'action législative que celle du gouvernement et de l'administration* », mais elle n'est en aucun cas d'application directe.

⁴⁵⁴ La jurisprudence ultérieure déclare à cet égard que l'article 21 ne pourrait pas être formulé de manière plus précise et que, loin de réclamer l'intervention du législateur pour le mettre en œuvre, il est d'application directe. Voir notamment Trib. Rome, 24 octobre 1950 et Trib. Rome, 27 août 1951, *Sinossi giur.*, article 21 qui reprennent dans l'essentiel les motivations des jurisprudences ultérieures reconnaissant l'article 21 de la Constitution comme une norme d'application directe et non comme une norme constitutionnelle programmatique. Cité in PRESTA (S.), « Delle norme programmatiche all'applicazione diretta », *op. cit.*, p. 366 et s.

⁴⁵⁵ CE 25 janvier 1957, *Syndicat fédéral des fonctionnaires malgaches et assimilés*, *Rec.*, p. 65.

⁴⁵⁶ CE, 26 octobre 1946, *Sieur Aramu*, *Rec.*, p. 213. Comme le précise M. Clapié, « *Par l'arrêt Sieur Aramu rendu le 26 octobre 1946, [le Conseil d'Etat] avait alors jeté les bases de la théorie jurisprudentielle des principes généraux du droit applicables même sans texte* ». Dès lors, le « *Préambule semblait devoir faire double emploi avec cette théorie jurisprudentielle naissante* ». CLAPIÉ (M.), « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », *RA*, n° 297, mai juin 1997, p. 278.

⁴⁵⁷ CLAPIÉ (M.), *op. cit.*, p. 106. Voir notamment CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, *Rec.*, p. 394.

⁴⁵⁸ CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.* p. 426.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le concept de NCP, dont on sait qu'il recouvre une pluralité d'éléments, présente un caractère instrumental au « moment constituant » qui lui donne son unité. D'une part, ces normes permettent une instrumentalisation du droit par la pluralité de courants partisans qui ont participé à l'élaboration des Constitutions. Elles retranscrivent le discours constituant dans lequel sont mêlées des idéologies diverses. Les normes constitutionnelles programmatiques ont ainsi conduit à l'obtention d'un consensus politique dans l'acte juridique constitutionnel. D'autre part, la formulation programmatique des dispositions qui sont le support de ce type de normes est favorable au législateur. En effet, non seulement elle appelle ce dernier à légiférer, mais l'utilisation que les juridictions ordinaires ont fait des normes constitutionnelles programmatiques a aussi, pendant un temps, favorisé la place de la loi en tendant à neutraliser la portée de la Constitution. Nous verrons par ailleurs que l'évolution de l'usage fait de cette catégorie de normes confère à ces dernières, outre cette fonction originelle, une fonction toujours plus utilitaire au regard du régime constitutionnel et du droit.

CHAPITRE 2

LA FONCTION UTILITAIRE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

Le droit constitutionnel assume une fonction d'adoucissement des rapports intersubjectifs au sein d'une société. En ce sens, il engendre une pacification de la vie politique sur la base du « moment constituant »⁴⁵⁹. Ce constat, qui ne fait en réalité que paraphraser la situation explicitée en France par G. Burdeau⁴⁶⁰, rend compte du fait que la Constitution se présente comme mise en forme d'un régime et comme point d'équilibre d'un système de forces et d'organes.

Cette fonction se manifeste naturellement aussi en Italie. La seconde partie du Texte constitutionnel a pour cela cherché à établir une organisation pluraliste et protectrice des droits à l'égard de l'État nouveau à l'issue de la seconde guerre mondiale. Il s'agissait finalement pour les constituants de prendre acte des principes énoncés au sein de la première partie de la Charte constitutionnelle afin d'agencer le régime constitutionnel conformément à ces nouvelles exigences démocratiques. Le dessein constitutionnel tendait, dès lors, à la construction d'une organisation susceptible de recevoir pleinement les impulsions provenant de la société et triées par un ensemble de formations intermédiaires rendant compte d'une société pluraliste⁴⁶¹. Pour autant, ce cadre a été assez lent à se dessiner concrètement. Dans ce contexte, les normes constitutionnelles programmatiques auront été tout à la fois un frein et un moteur à l'évolution et au développement du régime constitutionnel. Privés un temps d'effectivité, ces programmes constitutionnels ont été en quelque sorte gelés au bénéfice d'une situation politique marquée par la naissance de la guerre froide et l'affrontement des blocs. Retardés, ces programmes ont attendu un contexte politique renouvelé pour offrir au régime constitutionnel italien les bénéfices d'un État démocratique et pluraliste garant d'un État de droit moderne. Les normes constitutionnelles programmatiques

⁴⁵⁹ Ce moment recouvre les hésitations, les opinions et les querelles des acteurs au moment de la naissance de l'État constitutionnel. C'est l'affirmation d'un sens de l'histoire qui transforme ces combats idéologiques et politiques, en une stratégie dictée par les fondateurs de cet État. Ce moment consiste à « remettre les destinées d'un État organisé, pour affronter les siècles, entre les mains de la génération présente » HAURIUO (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2nd éd., Paris, Sirey, 1929, p. 254. De cette manière, « il donne naissance à un présent constitutionnel (l'ordre constitutionnel désormais établi) qui n'est pas ce qui est, mais ce qui est en devenir, ce qui sans cesse se constitue ». HUMMEL (J.), « Hauriou et l'écriture de l'histoire constitutionnelle », <http://www.juspoliticum.com/Histoire-et-temporalite.html>.

⁴⁶⁰ BURDEAU (G.), *La Démocratie*, Seuil, Paris, 1978 (1^{ère} éd. 1966).

⁴⁶¹ Sur cette question du pluralisme institutionnel parmi une littérature très riche, voir ESPOSITO (C.), « Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione », in *La Costituzione italiana*, Padova, 1964, p. 80 et s.; ARCIDIACONO (L.), *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974.

apparaissent alors comme une catégorie au service du régime constitutionnel de l'État, entendu comme agencement d'institutions (Section 1).

Utiles pour ce régime, les normes constitutionnelles programmatiques sont également utiles à la construction et au développement du droit lui-même (Section 2). Plus exactement encore à la démocratie au sens de Dewey⁴⁶² selon lequel cette dernière n'est finalement que l'expérience d'un vivre ensemble réussi : une expérience de communication entre les individus à partir de revendications diverses.

⁴⁶² DEWEY (J.), *Le public et ses problèmes*, Folio essais, Gallimard, Paris, 2010.

SECTION 1

LA NORME CONSTITUTIONNELLE PROGRAMMATIQUE AU SERVICE DU RÉGIME CONSTITUTIONNEL

Ayant contribué à freiner la mise en place du régime constitutionnel, la forme programmatique des normes constitutionnelles a toutefois été aussi d'une utilité certaine pour le développement de ce régime. En Italie, la programmaticité avec laquelle ce dernier s'est réalisé s'illustre particulièrement à travers l'organisation régionale de l'Etat. En ce sens, la spécificité liée à la forme régionale de l'État italien montre typiquement l'utilité des normes constitutionnelles pour mettre en place le régime prévu par les fondateurs de cet État au moment constituant (§1).

À la suite des élections italiennes du 18 avril 1948, qui voient la victoire électorale de la Démocratie Chrétienne sur le Front populaire, seule une faible partie de la Constitution s'applique véritablement. Ces premières élections de la nouvelle République se déroulent dans un contexte politique particulièrement délicat dès lors qu'elles conditionnent un véritable choix de société : avec elles - et dans le contexte de la guerre froide - il s'agissait pleinement de prendre parti et d'adhérer à l'un ou l'autre des blocs internationaux qui se mettaient en place durant cette période. Lors de la première législature l'ordonnement de la République italienne n'existe ainsi réellement que de manière embryonnaire et uniquement au niveau central. Seuls les mécanismes essentiels propres au fonctionnement immédiat de l'État sont, dès cet instant, présents⁴⁶³. Mais les différentes institutions qui, dans le cadre du programme constitutionnel récemment instauré, doivent autoriser la naissance du cadre pluraliste et protecteur des droits de la nouvelle République n'existent pas encore : ainsi les régions⁴⁶⁴ ni même la Cour constitutionnelle ne sont encore créées. Inscrit sous la forme programmatique, ce projet souhaité par les constituants n'a donc pas encore pris véritablement corps. Les programmes constitutionnels ayant attendu un dégel politique, rendent possible le développement de la forme pluraliste de l'État italien. En outre, les expériences italienne et française montrent que cette catégorie de normes sert aussi la mise en œuvre concrète des outils juridiques susceptibles d'engendrer le cadre des garanties⁴⁶⁵ que souhaitaient les constituants (§2).

⁴⁶³ Il s'agit uniquement du Parlement, du Gouvernement et de la présence qui sera déterminante du Chef de l'État.

⁴⁶⁴ Hormis les quatre régions qui bénéficient d'un statut spécial.

⁴⁶⁵ Traditionnellement, on assiste au sein des États qui se conforment au « principe libéral » à une protection de l'individu mise en œuvre sur la base d'une promotion de la sphère réservée à ce dernier. Ainsi, les libertés qui, classiquement, étaient constitutionnellement accordées aux individus se présentaient comme une

1§– Des normes utiles au développement du régime constitutionnel tenant à la forme de l'État italien

Le partage du pouvoir mis en œuvre au sein de la Charte constitutionnelle italienne s'opère conformément à une orientation qui affecte une certaine autonomie aux divers groupes sociaux à partir de la reconnaissance programmatique du principe pluraliste. S'opère dès lors une reconnaissance de certaines identités collectives qui se concrétise par des actions en faveur des formations sociales. La souveraineté de l'État italien ne se structure pas, en ce sens, autour de son indivisibilité, mais autour de sa finalité. De la sorte, il s'agit d'instaurer un ordonnancement « en réseau » (A) en utilisant les normes constitutionnelles programmatiques comme levier décisif d'un régionalisme équilibré (B)

A - La mise en œuvre des normes instaurant un ordonnancement « en réseau »

L'histoire du « régionalisme italien » a traversé diverses phases. Sa naissance est marquée par la mise en œuvre progressive du Texte constitutionnel.

Il est classique de déclarer que la forme de l'État italien a oscillé du régionalisme « *coopératif* »⁴⁶⁶ au régionalisme « *compétitif* » puis « *judiciaire* »⁴⁶⁷. Les régions ordinaires ou à statut particulier

limitation de la souveraineté de l'État. Celles-ci, de manière symétrique, suscitaient alors une doctrine de l'autolimitation de l'État dont la théorie des « droits publics subjectifs » était la démonstration la plus classique - dès lors que ces droits se présentaient comme la véritable « réflexion » des normes qui limitaient l'autorité de l'État. Cette vision de l'État et de la protection des droits attachés à la personne humaine est maintenant datée. L'Italie, la France, comme d'autres États contemporains, se réfèrent à une nouvelle matrice conformément à laquelle l'État est au service de la personne humaine. Les Constitutions engendrent ainsi une protection fondée sur le respect cumulé des principes personnaliste, démocratique, sociaux et pluraliste. La Charte fondamentale italienne affirme ainsi qu'une primauté doit être donnée non pas à la « norme » ou à une quelconque « institution », mais à la personne. À celle-ci sera donc accordée une prépondérance axiologique qui devra être respectée dans les diverses dimensions des actions de l'État. Sur cette thématique de l'exercice « personnaliste » des droits fondamentaux en Italie, voir par exemple, LILLO (P.), *Diritto fondamentali e libertà della persona*, G. Giappichelli, Turin, 2006 p. 20 et s.

⁴⁶⁶ LUCIANI (M.), « Un regionalismo senza modello ». *Le regioni*, n° 5, octobre 1994, p. 1312 et s. La Constitution de 1948 cherchait à mettre en place un régionalisme qui s'ancrait dans une distinction des sphères de compétence de l'État et des régions et entendait l'autonomie comme séparation. Le modèle coopératif se comprend, selon le Professeur M. Luciani comme un système d'analyse qui se recentre sur une collaboration fondée sur la parité entre l'État et les autonomies dans la détermination des lignes essentielles d'intervention publique. « *Alors que le modèle garantiste correspondait aux exigences de la phase du libéralisme économique et du non interventionnisme, le modèle coopératif s'adapte à la phase dans laquelle l'intervention publique devient un élément essentiel du cycle productif et de redistribution des ressources. En une formule, le premier modèle est celui de la décentralisation de l'État libéral, le second est celui de la décentralisation de l'État social.* ». LUCIANI (M.), *Un regionalismo senza modello*, op. cit., p. 1319. Le modèle coopératif n'a pas réussi à s'imposer en Italie en raison de l'absence de parité entre l'État et les régions ; dans ce type de régionalisme « *personne ne se trouve, a priori, en position évidente de supériorité, la prévalence est accordée à celui qui, au cas par cas, démontre qu'il se trouve être le mieux placé pour gérer certains choix politiques. En d'autres termes, dans cette logique, la Cour garantit à celui qui est en mesure de gouverner de pouvoir le faire* » *Ibid.*, p. 1334.

ont, dans une large mesure, « *fini par subir la logique interne du système* »⁴⁶⁸ et l'emprise des partis politiques centralisés. Cependant, le tremblement de terre⁴⁶⁹ rencontré à la fin des années quatre-vingt-dix (*terremoto*) a modifié le paysage partisan et rend enfin possible un dégel politique en ouvrant de nouvelles perspectives aux autonomies régionales. Ce que met en place « l'État autonome » ou « l'État régional » c'est ainsi, *ab initio*, le programme d'un ordonnancement véritablement réticulaire⁴⁷⁰.

À cet égard, conformément à la Charte républicaine italienne et sous une forme programmatique, la forme de l'État est caractérisée par la recherche d'un « État pluraliste ». La logique pluraliste a été construite comme un instrument apte à lutter contre l'étatisme centralisé et a été développé, d'une part, afin de favoriser les formations intermédiaires et, d'autre part, de permettre la tolérance sociale. Le pluralisme des ordonnancements est donc par nature lié à une conception pluraliste de la société. Pour la démocratie, le pluralisme va nécessairement acquérir une valeur axiologique, programmatique. Il se présente comme un mécanisme de médiation susceptible d'optimiser le niveau de traduction d'une complexité sociale émergente. C'est en ce sens qu'il nous intéresse ici.

La forme de l'État initiée en 1948 en Italie plonge ses racines dans une perception spécifique du pluralisme et de ses aménagements⁴⁷¹. Lors de l'adoption de la Constitution, le pluralisme semblait apparaître comme la conciliation des idées de promotion de la personne et de valorisation des formations sociales. L'État, conformément à cette perspective, sera entendu comme articulé sur les concepts « d'État-personne », « d'État-communauté » et « d'État-ordonnancement ». Appréhendé comme ordonnancement, l'État est compris comme constitué de l'ensemble des éléments constitutifs de « l'État-communauté ». Cette dernière notion se comprend comme comportant à la fois le peuple et l'appareil étatique, c'est-à-dire « l'État-personne »⁴⁷². L'« État-communauté » s'apparente, en quelque sorte, à la perception que l'on a de la République en France : une mise en œuvre juridique de la complexité de l'État devant prendre en compte la

⁴⁶⁷ Le doyen J.-C. Escarras préférerait, à la notion de régionalisme compétitif, celle de régionalisme judiciaire issue d'une démarche existentialiste menée par le juge constitutionnel. ESCARRAS (J.-C.), « L'Italie un État régional ? », *L'État autonome : forme transitoire en Europe ?*, « Collection Droit public positif », Economica, PUAM, 1994, p. 112 et s.

⁴⁶⁸ D'ATENA (A.), « La vicenda del regionalismo italiano ed i problemi della transizione al federalismo », in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n° 2, 1994, p. 31.

⁴⁶⁹ ESCARRAS (J.-C.), « Après le big-bang référendaire de la Cour constitutionnelle : le trou noir pour l'Italie ? », *RFDC*, n° 13, 1992, p. 183 et s.

⁴⁷⁰ Sur cette notion, voir RIGAUX (M.-R.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, F. Larquier, Bruxelles, 1985.

⁴⁷¹ Pour une présentation rapide des origines des aménagements administratifs en Italie, VANDELLI (L.), « Égalité et régionalisme dans la Constitution italienne », *Droit constitutionnel local*, *op. cit.*, p. 259 et s.

⁴⁷² L'« État communauté » correspond à une organisation juridique ordonnancée par des normes qui émanent de l'État. Il s'agit qu'une organisation à laquelle appartient l'État en tant que personne et dans laquelle, à côté de ce dernier, agissent tous les sujets de droits, personnes privées ou publiques, physiques ou morales. Voir notamment MORTATI (C.), *Istituzioni di diritto pubblico*, 2^{ème} éd., Padou, Cedam, 1952.

présence de formations sociales constitutionnellement reconnues et protégées par la Constitution, conformément à l'article 2 du texte fondamental italien. La notion de formation sociale doit être différenciée des formations intermédiaires qui situent leurs actions entre l'État et la personne et se présentent de la sorte comme des courroies de transmission.

Cette distinction opérée entre l' « Etat personne » et l' « Etat communauté », dont on peut trouver l'origine dans la tradition d'un pluralisme cher à des auteurs comme S. Romano⁴⁷³, permet de reconnaître aux régions italiennes le caractère de collectivités politiques autonomes. Ces entités œuvrent dès lors de plein droit à la vie de l'État. Ce régionalisme, en présence de contraintes politiques, sera longtemps régulé par l'action du juge constitutionnel avant d'être poussé vers sa « perfection » par ce dernier.

La présentation du caractère essentiellement pluraliste de l'État a été reconnue par le juge constitutionnel italien dans une décision célèbre en date du 30 décembre 1968⁴⁷⁴. Le juge constitutionnel italien observait ainsi : « *dans le contexte de notre organisation, caractérisée par la pluralité des pouvoirs, la région se présente comme une entité dotée d'une autonomie politique, même si l'État est unitaire ; autonomie reconnue en général par les statuts, et qui se traduit par un véritable pouvoir accordé aux assemblées législatives régionales* »⁴⁷⁵.

Au regard de ces fondements théoriques a été construit, en Italie, un régionalisme différencié. Il repose sur la présence initiale de contingences diverses, politiques, historiques géographiques et internationales qui conditionnent l'émergence du régionalisme italien. Pour J.-C. Escarras, « *ce sont elles qui expliquent que la Constitution prévoit des régions de deux sortes : à statut ordinaire et à statut spécial, celles-ci disposant en principe d'une autonomie moins grande que celles-là, qui sont organisées par des lois constitutionnelles alors que les premières le sont par des lois étatiques ordinaires bien que participant à l'élaboration de leur Statut : c'est dire qu'il y a aussi une reconnaissance législative différenciée des autonomies en Italie* »⁴⁷⁶.

Ce régionalisme différencié est annoncé par l'article 5 de la Constitution et se trouve détaillé par les dispositions insérées dans le Titre V de la seconde partie de ce Texte, ainsi que par les dispositions transitoires VIII et IX. Toutefois, sa mise en place a été marquée par la progressivité

⁴⁷³ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975.

⁴⁷⁴ *Corte cost., sent. n° 143 du 30 décembre 1968, Giur. cost.*, p. 1214.

⁴⁷⁵ Cette autonomie est initialement formulée, dans la Charte républicaine, par les articles 5 et 115 qui prévoient que « *La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales; réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative; adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation* » et qui confère aux régions autonomes « *des pouvoirs et des fonctions qui leur sont propres* ». Elle est présentée, de manière traditionnelle, comme à la fois statutaire, financière et législative. Elle engendre, en tant que contrepartie naturelle dans un cadre unitaire, un contrôle de l'État qui pèse sur les actes et les organes régionaux.

⁴⁷⁶ ESCARRAS (J.-C.), « L'Italie un État régional ?, » *L'État autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Economica, 1994, p. 87.

inhérente aux dispositions programmatiques. Dans un souci de stratégie politique, la Démocratie Chrétienne a en effet longtemps retardé la mise en œuvre de la VIII^e disposition transitoire qui devait permettre la réalisation de la réforme régionale⁴⁷⁷. Si bien que, dès le début de la République, on constate un décalage entre les régions à statut particulier qui disposent immédiatement d'un régime d'autonomie et les régions ordinaires qui, si elles sont prévues par le Texte constitutionnel, devront cependant attendre les années soixante-dix pour voir le jour, instituant une régionalisation jugée décevante⁴⁷⁸. En ce sens, comme l'observe N. Schmitt, il existe, en Italie, une distinction « *entre constitution formelle et constitution vivante (selon les termes de Francesco Palermo). Aux yeux de la première, les régions, au cours de leurs premières années d'existence, assurent leur présence institutionnelle. Mais, pour la seconde, ni leur image ni leur existence ne se sont développées d'une façon positive. Au contraire, du point de vue de la politique et de l'opinion publique, les régions vivent et travaillent dans un climat plutôt défavorable* »⁴⁷⁹.

Actuellement se manifeste en droit une logique de nivellement de la différenciation régionale, renforcée par la mise en place d'un véritablement contournement de l'influence régionale par le biais du principe de subsidiarité. Les programmes constitutionnels apparaissent sur ce point comme le levier d'un régionalisme d'avantage symétrique.

B - Les NCP levier d'un régionalisme symétrique expression du programme pluraliste.

En Italie, le nivellement de la différenciation régionale est facilité par la difficile naissance d'une véritable conscience politique régionale. En outre, il est renforcé par une tendance à la disparition du décalage originel qui existait entre les régions spéciales et les régions ordinaires. Cette volonté de mettre en place un régionalisme plus symétrique est patente lorsque l'on examine les réformes constitutionnelles les plus récentes.

⁴⁷⁷ Aux termes de la VIII^e disposition transitoire, « *Les élections des Conseils régionaux et des organes élus des administrations provinciales sont fixées dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la Constitution. Des lois de la République règlent pour chaque branche de l'administration publique la passation des fonctions de l'État attribuées aux Régions. Jusqu'à ce qu'il n'ait été procédé à la réorganisation et à la répartition des fonctions administratives entre les collectivités locales, les Provinces et les Communes conservent les fonctions qu'elles exercent actuellement et celles dont les Régions leur délèguent l'exercice. Des lois de la République règlent la mutation aux Régions de hauts fonctionnaires et d'agents de l'État, même appartenant aux administrations centrales, qui est rendue nécessaire par la nouvelle organisation. Pour la formation de leurs services, les Régions doivent, sauf en cas de nécessité, recruter leur personnel parmi le personnel de l'État et des collectivités locales* ».

⁴⁷⁸ Cette situation nouvelle initiée par la mise en œuvre de la loi n° 108 du 17 février 1968 relative aux règles applicables à l'élection des Conseils régionaux allait durer encore quelques années avant de se clôturer temporairement avec la loi n° 382 du 22 juillet 1975 et le décret n° 616 du 24 juillet 1977, relatifs au transfert de fonctions administratives de l'État aux régions.

⁴⁷⁹ SCHMITT (N.), *L'émergence du régionalisme coopératif en Europe : identité régionale et construction européenne*, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 2002, p. 96.

La tentative de révision de la Constitution de 1997, initiée par la loi constitutionnelle n° 1 du 24 janvier de cette même année, poursuivait le but de pérenniser le régionalisme italien. Cette réforme, si elle n'a pas donné naissance à une révision du Texte constitutionnel, aura cependant permis de préparer le terrain à la réforme du titre V de la seconde partie de la Constitution italienne mise en œuvre en 2001⁴⁸⁰. Elle ne fait ainsi que prendre acte de la volonté de modifier l'assiette de l'État.

Le nouveau Texte constitutionnel modifie en revanche substantiellement l'organisation de la République italienne. Citons à cet égard l'article 114 de la Constitution aux termes duquel « *la République est composée des Communes, des Provinces, des Métropoles, des Régions et de l'État* »⁴⁸¹. Conformément à ce texte, poursuivant la mise en œuvre du programme institutionnel empreint de pluralisme que prévoit la *Carta*, les régions se trouvent dorénavant concurrencées par d'autres entités locales qui détiennent désormais également un fondement constitutionnel⁴⁸². En outre, la référence textuelle à l'intérêt national disparaît du nouvel article 117. Il est, en ce sens, possible de se demander si cette notion correspond encore à une limite constitutionnelle posée à l'exercice de la puissance législative régionale⁴⁸³. Par une décision du 19 juin 2002⁴⁸⁴, la Cour constitutionnelle italienne inaugure la jurisprudence constitutionnelle engendrée par la réforme du titre V de la Charte républicaine italienne et permet de clarifier cette question.

En l'espèce, il appartenait à la *Consulta* de vérifier si une loi régionale entrait dans le cadre de la nouvelle compétence régionale formulée par l'article 117 de la Constitution. En vertu de ce texte, l'État est compétent s'agissant des principes fondamentaux qui concernent les matières dites

⁴⁸⁰ Loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001.

⁴⁸¹ Sur ce point, voir la traduction faite par M. Baudrez des modifications du Titre V de la seconde partie de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 entrée en vigueur le 8 octobre 2001, in *La réforme constitutionnelle en Italie*, PUAM-Economica, 2002, p. 329 et s.

⁴⁸² Par ailleurs, l'article 117 nouveau met en place une nouvelle clé de répartition des compétences. Selon cette disposition, il existe une liste des matières qui sont maintenant réservées à l'État, de même qu'il existe une liste des matières qui sont dorénavant réservées à la puissance législative concurrente de l'État et des régions. En ce sens, on affirme qu'il appartient aux régions d'intervenir en référence à toute matière qui n'est pas expressément réservée à la législation exclusive de l'État ou qui n'est pas inscrite sur la liste des matières concurrentes. De même, la puissance réglementaire des régions est expressément constitutionnalisées.

⁴⁸³ Pour, M. Calamo Specchia « *la limite générale à la législation régionale de l'intérêt national, contenue dans la précédente formulation de l'article 117, 1^{er} alinéa, est "rentrée par la fenêtre" ouverte par le nouvel article 120, 2^{ème} alinéa, qui prévoit que le Gouvernement peut se substituer aux organes régionaux ou locaux en cas de risque grave pour la sûreté publique ou pour garantir l'unité juridique et économique de la nation : cette formule très vague risque de neutraliser l'élargissement de l'autonomie régionale, en justifiant de la part de l'État des nombreuses ingérences législatives dans le domaine régional* ». In, « La réforme du 5^{ème} titre de la Constitution italienne et la nouvelle discipline constitutionnelle des rapports avec l'Union européenne », 6^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes6/CALAMO.pdf, p. 17. Voir aussi BIN (R.), « L'interesse nazionale dopo la riforma : continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale », in *Le Regioni*, 2001, p. 1213 et s.

⁴⁸⁴ Par la suite : *Corte cost. sent.* n° 282 du 19 juin 2012, *Giur. cost.*, p. 2012. Observations de D'ATENA (A.), « La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore », *Giur. cost.*, 2002, p. 2027 et s.

concurrentes. Cette décision permet de mettre de l'ordre au regard d'une problématique qui était considérée trop souvent par l'État comme n'ayant pas été modifiée par la réforme constitutionnelle. Dans ses *obiter dictum*, la Cour vise notamment la question des compétences concurrentes. Elle annonce l'abandon de certaines conventions interprétatives qui portaient sur l'ancien article 117 : depuis l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle, l'État ne peut intervenir s'agissant des matières dites concurrentes qu'au regard de la détermination des principes fondamentaux de la matière concernée.

Sur le fond, cette affaire permettait de répondre à deux questions. Les régions peuvent-elles intervenir en l'absence de loi cadre dans les matières concurrentes ? Doivent-elles, si l'on répond par l'affirmative à la première question, respecter les principes non écrits qui se manifestent dans l'examen de l'ensemble du corpus de la législation nationale ? Le juge constitutionnel a répondu par l'affirmative à ces deux questions. Il considère, par ailleurs, que la réponse à la seconde question est logiquement déduite de la réponse à la première interrogation. En ce sens, si l'État s'abstient de prendre des lois cadres, les régions peuvent légiférer à condition de respecter les principes fondamentaux qui encadrent ces matières.

Au total, cette réforme semble participer à un mouvement de nivellement des compétences régionales, même s'il existe encore un décalage de droit entre les régions ordinaires et les régions spéciales. Le régionalisme en Italie devient ainsi complexe et se décline sous trois formes⁴⁸⁵ : un régionalisme qui reste pour partie différencié conformément à l'article 116 ; un régionalisme classique de principe pour les régions ordinaires ; enfin, un régionalisme symétrique pour les régions ordinaires qui le sollicitent⁴⁸⁶.

Cet exemple tiré de la mise en place du régionalisme italien illustre le fait que l'enthousiasme avec lequel les constituants avaient cherché à mettre en œuvre un État véritablement pluraliste se heurte, dès 1948, à la crainte et à la défiance des diverses forces politiques. Même si la situation, s'agissant de la forme de l'État, se dénoue au bénéfice de la création de régions ordinaires⁴⁸⁷. Ce régionalisme différencié était annoncé, notamment dans l'article 5 de la Constitution de 1947,

⁴⁸⁵ ROLLA (G.), « La reforma costituzionale del ordenamiento regional en Italia », *Revista de estudios autonómicos*, n° 1, 2002, p. 149 et s.

⁴⁸⁶ Plus largement, ce qui semble être l'enjeu de cette évolution c'est une remise en cause de l'État unitaire au moyen d'une promotion d'une différenciation qui dépasse le cadre régional pour appréhender les diverses entités territoriales qui composent la République. La symétrie que la réforme met en place n'est donc pas véritablement identitaire, elle est en réalité pleinement juridique dès lors qu'elle est le produit de l'utilisation des instruments d'autonomie accordés par la Constitution aux entités décentralisées. En ce sens, l'« identité régionale » était auparavant valorisée alors qu'actuellement c'est le niveau d'administration régionale qui est valorisé.

⁴⁸⁷ Sur cette question, voir notamment. PALAZZOLI (C.), *Les régions italiennes*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. XX, L.G.D.J., 1966. ; ONIDA (V.). « Il regionalismo in Italia : origini, caratteri, prospettive », *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, quaderni n° 3 – seminario 1992*, Giuffrè, 1993, p. 78 et s.

comme un programme institutionnel à réaliser. Pourtant, un décalage persiste au début de la République entre les régions à statut particulier, qui disposent immédiatement d'un régime d'autonomie, et les régions ordinaires qui, si elles sont prévues par le Texte constitutionnel, ont cependant dû attendre les années soixante-dix pour voir le jour, et presque une vingtaine d'années de plus pour s'équilibrer.

Un phénomène sensiblement proche se manifeste dans le cadre de la protection du caractère garantiste des Constitutions française et italienne. On constate qu'un certain nombre d'institutions nécessaires à l'établissement de l'État de droit vont ainsi tarder à être instaurées au sein du nouvel État. En ce sens, il est nécessaire d'accorder un traitement spécifique à la mise en œuvre et au développement de la justice constitutionnelle car c'est à partir de l'action des juges de la loi que va pouvoir convenablement se fonder la réalisation du programme constitutionnel.

2§ - Des normes utiles au développement de la justice constitutionnelle

De la même manière que le régionalisme italien fut mis en place lentement, la création de la Cour constitutionnelle italienne s'est inscrite dans la durée. Cette institution – instrument privilégié souhaité par les constituants à l'égard de l'établissement d'une République nouvelle, permettant de garantir les droits des individus et la défense du pluralisme des intérêts – a effectivement vu sa mise en place différée. Pour autant, à partir du dégel politique susvisé, les programmes constitutionnels ont rendu possible le développement concret des outils juridiques, offrant ainsi le cadre de garanties que souhaitaient les constituants. À cet égard, la catégorie des NCP apparaît là encore comme étant au service du régime constitutionnel de l'État et de l'aménagement de ses institutions.

Cette situation liée à la mise en œuvre retardée de la justice constitutionnelle est relativement classique. Elle se manifeste également en France dès lors que, traditionnellement, s'agissant des « libertés publiques », a été longtemps maintenue la position selon laquelle leur garantie serait principalement d'ordre politique et reposerait dans cette perspective, pour une large part, sur la multiplicité des formations politiques⁴⁸⁸. Toutefois, malgré l'existence de ces difficultés, l'action du juge constitutionnel sur les normes programmatiques a permis le renforcement et l'établissement définitif du nouvel État de droit. En ce sens, que ce soit en France ou en Italie, la condition ayant permis que le programme constitutionnel commence à s'inscrire dans la réalité

⁴⁸⁸ Pour une synthèse de cette question, voir BERLIA (G.), « L'évolution constitutionnelle française depuis 1944 », *Droit public et international : études et réflexions*, LGDJ, Paris, 1980, p. 59 et s. Notons ici que l'action des juridictions constitutionnelles fut également retardée par la mise en œuvre d'un conflit tenant à l'interprétation des normes servant de référence à leur contrôle.

réside dans l'institution effective des juridictions constitutionnelles.

La tendance à une certaine « congélation » du dessein constitutionnel ne résulte pas d'une volonté consciente de remettre en cause la pertinence des choix constitutionnels adoptés. En réalité, la réticence tient davantage dans la présence d'un puissant conservatisme structurel. Ce dernier est d'ailleurs renforcé par la convergence de divers facteurs qui expliquent la lenteur de la mise en œuvre des programmes constitutionnels : l'action de l'ancien appareil d'État qui demeure en place ; les agissements des formations politiques qui, dans le contexte de la guerre froide, craignent l'influence des formations marxistes, les réticences d'ordre juridique.

Il apparaît d'abord que les forces politiques italiennes, qui détiennent initialement le pouvoir en 1948, ne sont pas désireuses de remettre en cause l'État dont elles viennent enfin d'hériter. Se manifeste, en ce sens, une forte crainte tenant à la modification des rapports politiques et sociaux, impliquant une puissante appréhension à l'égard de la mutation que la mise en œuvre des programmes constitutionnels nécessiterait. Le phénomène est sensiblement le même en France s'agissant du Préambule de la Constitution de 1946 qui consacre la naissance d'une démocratie économique et sociale⁴⁸⁹ et dont on sait qu'il est le berceau des normes programmatiques de la Constitution de 1958. Si la situation de notre pays à l'époque exigeait la mise en œuvre d'une politique interventionniste de l'État, la forme spécifique que devait adopter cette action faisait l'objet de nombreuses interrogations. En ce sens, il existait une hésitation au moment de la rédaction de la Charte constitutionnelle entre, d'une part, l'affirmation de quelques libertés jugées comme élémentaires, mais qui seraient assorties d'un contrôle d'annulation des lois inconstitutionnelles et, d'autre part, l'hypothèse d'une énumération plus vaste et complète mais dont la violation ne pouvait être sanctionnée : le risque étant de paralyser durant une période particulièrement sensible l'action du gouvernement⁴⁹⁰.

Ces facteurs politiques se conjuguent avec la volonté de faire perdurer sous une certaine forme l'État antérieur ou du moins une partie de son appareil. Volonté qui se cristallise clairement dans

⁴⁸⁹ VEDEL (G.) et RIVERO (J.), *Les principes économiques et sociaux*, op. cit ; PELLOUX, (R.), « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 389 et s.

⁴⁹⁰ Cette réticence à l'égard de la mise en œuvre des programmes constitutionnels trouve un certain écho au sein des petites formations centristes qui construisent, durant cette période, avec la Démocratie chrétienne la doctrine de la *conventio ad excludendum*. Voir MACK SMITH (D.), *Storia d'Italia*, Bari, Laterza, 1976, p. 733 et s cite in . SANTOLINI (TH.), « L'adoption des lois par les commissions parlementaires en Italie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, n° 57, p. 159 et s. Doctrine qui permet d'écarter certaines formations politiques qui sont considérées comme illégitimes et en quelque sorte hors-systèmes. Cette convention apparaît très vite, non pas simplement comme une clause ponctuelle caractérisant une coalition, mais comme une véritable règle du jeu qui va lier l'ensemble des acteurs du jeu constitutionnel détenant le pouvoir. Se forme dès lors un clivage entre la démocratie chrétienne qui va se préoccuper initialement de régler la question de la reconstruction matérielle de l'État et le Parti Communiste Italien qui va faire de la mise en œuvre programmes constitutionnels l'objectif politique essentiel de son projet politique.

la jurisprudence de la Cour de cassation italienne notamment⁴⁹¹. Nous verrons par la suite que la Haute juridiction judiciaire a en effet cherché à identifier la catégorie des préceptes constitutionnels programmatiques afin de justifier leur application différée⁴⁹². Un certain nombre de magistrats ou de fonctionnaires liés à l'ancien appareil administratif ont fait preuve dès lors d'une puissante inertie à l'égard des programmes constitutionnels souhaités par les Constituants.

Enfin, s'agissant des réticences juridiques⁴⁹³ - elles sont présentes dans l'opposition qui apparaît par exemple entre V. Crisafulli⁴⁹⁴ et C. Mortati⁴⁹⁵. Pour le premier toutes les dispositions de principe de la Constitution devaient être appréhendées comme de véritables normes juridiques alors que pour le second les principes fondamentaux ne devaient avoir un caractère directement normatif que dans l'hypothèse où ils trouveraient un développement dans d'autres normes constitutionnelles ou ordinaires. Derrière cette opposition doctrinale, c'est une puissante opposition entre deux analyses sur le droit lui-même qui se confrontent. Pour V. Crisafulli, les normes constitutionnelles programmatiques permettent à l'interprète de combler leurs lacunes éventuelles qui concerneraient leur application, alors que pour Mortati, ces normes servent simplement de base à l'interprétation du droit en vigueur et de source à l'action du législateur.

Le dégel constitutionnel s'est manifesté à partir des années cinquante. Il fut principalement le fruit de la prise de conscience par la Démocratie chrétienne de l'impossibilité de garder à l'écart ou d'éliminer les formations marxistes du jeu politique et de la naissance durant cette même période d'une sorte de « loyalisme » constitutionnel – c'est-à-dire d'une volonté de respecter au mieux le programme institutionnel prévu par la Constitution – par une majorité de la doctrine constitutionnelle italienne. Cette mutation politique allait donner aux programmes constitutionnels une portée juridique nouvelle. Dans ce contexte, l'élection du 29 avril 1955 du président

⁴⁹¹ La jurisprudence de la Cour de cassation italienne sur ce point sera étudiée plus précisément dans la seconde partie de notre thèse, lorsqu'il sera question d'analyser la normativité des programmes constitutionnels.

⁴⁹² Le rôle de la Cour de cassation, dans cette matière, consiste à examiner si les juges du fond ont correctement appliqué la « loi », entendue comme toutes les normes juridiques en vigueur en Italie. Ce qui inclut les dispositions de la Constitution. L'application correcte de la loi présuppose en effet que cette dernière soit interprétée de manière uniforme. Dans ce but, la Haute juridiction cherche à établir une interprétation déterminée de la « loi », qui devra être prise en compte aussi bien par les juges du fond que par la Cour constitutionnelle. Cette interprétation de la Cour de cassation était traditionnellement qualifiée de « droit vivant ». On fait référence, sous cette appellation, à l'*interprétation consolidée* de la loi, cette norme qui serait rendue « vivante » par l'action du juge est en quelque sorte nourrie par l'action convergente de la jurisprudence. CAVINO (M.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordonamenti di diritto legislativo*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 2009, p. 15 et, du même auteur, « Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice : la sintesi nel diritto vivente », *Diritto e società* n° 1, 2001, p. 159 et s. Sur la transposition de cette théorie en France, voir SEVERINO (C.), *La doctrine du droit vivant*, PUAM, 2003. C'est ainsi sur la base de cette mission que le juge judiciaire a cherché à freiner la mise en œuvre des programmes constitutionnels.

⁴⁹³ Les obstacles d'ordre juridique à la reconnaissance des programmes constitutionnels en tant que normes à part entière feront l'objet de développements spécifiques dans la seconde partie consacrée, justement, à l'étude de leur normativité.

⁴⁹⁴ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, op. cit.

⁴⁹⁵ MORTATI (C.), « Costituzione », *Enc. Dir.* Vol. XI, p. 180 et s, spécialement p. 214.

G. Gronchi aura été essentielle. Ce dernier, à l'occasion de son message de prise de fonction, a indiqué la nécessité de donner libre cours à la pleine application de la Constitution. Pour cela, il était alors primordial de disposer d'un interprète authentique de cette Charte fondamentale pouvant faire pendant à l'action de la Cour de cassation⁴⁹⁶. Suite à cette volonté nouvellement exprimée, le Parlement a finalement désigné les cinq juges de la Cour constitutionnelle. C'est ainsi en 1956, huit ans après l'entrée en vigueur de la Constitution, que la Cour constitutionnelle a pu débiter office et assurer une véritable justice constitutionnelle nécessaire à la garantie de la réalisation du programme du nouveau régime⁴⁹⁷.

À l'instar de la *Consulta*, l'institution d'un Conseil constitutionnel français effectif a, elle aussi, mais de manière quelque peu différente, pris du temps depuis l'inscription des programmes dans la Constitution. En ce sens, une telle institution n'existait pas sous la IV^{ème} République. La Constitution de 1946, son Préambule précisément, fixait déjà ces programmes dans ses dispositions. Pourtant, seul un Comité constitutionnel avait été créé, institution n'ayant alors qu'un moindre rôle⁴⁹⁸ limité au contrôle de la validité formelle des lois. Dépourvu du pouvoir de sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi, ce Comité ne pouvait par conséquent apparaître comme un précédent du Conseil constitutionnel. Par la suite, si sous la V^{ème} République, dont le Texte fondamental reprend celui de 1946, le juge constitutionnel français a structurellement été mis en place avec moins de difficultés qu'en Italie, force est de reconnaître que l'effectivité de son action a été également retardée.

Ainsi, dans la perspective d'établir un nouvel État de droit, au sens matériel du concept, l'article 63 de la Constitution de 1958 charge le législateur de déterminer, par une loi organique, les règles d'organisation et de fonctionnement de cette institution, la procédure suivie devant elle et les délais ouverts pour la saisir. Ce que le législateur a fait dès la première année de la création du Conseil en édictant les dispositions ainsi requises dans l'ordonnance du 7 novembre 1958⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ A cet égard, pour H. Kelsen, « *sur le point de savoir qui a à examiner ou contrôler la constitutionnalité des lois, il s'ensuit en principe que les organes de l'application des lois, donc en particulier les tribunaux ont le pouvoir de procéder à cet examen ou contrôle. Puisqu'ils ont le pouvoir d'appliquer les lois, ils doivent nécessairement établir si ce qui prétend être une loi a bien objectivement ce caractère et signification de loi ; et il en va ainsi des actes qui sont conformes à la Constitution* ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 361.

⁴⁹⁷ Ce parcours sera marqué par une évidente hostilité très présente durant les premières années d'activité du juge constitutionnel italien. Voir JAEGER (V.), « *La Corte costituzionale nei suoi tre anni di attività* », *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1958, p. 783 et s.

⁴⁹⁸ Le contrôle de constitutionnalité opéré par le Comité constitutionnel portait seulement sur la régularité formelle des lois. Il ne pouvait pas amener à l'annulation des lois anticonstitutionnelles, mais uniquement à retarder leur promulgation jusqu'à l'éventuelle révision de la Constitution. Par ailleurs, seule une action conjointe du Président de la République et du Conseil de la République statuant à la majorité de ses membres pouvait saisir cette institution.

⁴⁹⁹ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel ; Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

Toutefois, le fonctionnement de l'institution constitutionnelle est demeuré initialement limité. Cette situation se manifeste nettement sur un plan quantitatif car de 1958 à 1974, seules neuf lois ordinaires ont été déférées au Conseil constitutionnel, alors que de 1974 à 1989, 166 lois ont été soumises à son examen ; soit presque vingt fois plus. Ce retard s'explique par les prises de positions qui prévalaient à l'origine de la Constitution de 1958 s'agissant de la nature du juge constitutionnel : le général De Gaulle considérait notamment que, selon une formule désormais célèbre, « en France la Cour suprême c'est le peuple ». Mais en 1974⁵⁰⁰, l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel a donné considérablement de l'importance à la justice constitutionnelle française.

Par la suite, afin de poursuivre l'objectif d'établir l'État de droit et de consolider le régime, les fonctions du Conseil constitutionnel ont été enrichies en 2008⁵⁰¹ par l'inscription, à l'article 61-1 de la Constitution, d'une procédure offrant aux justiciables la faculté de contester par voie d'exception la conformité d'une disposition législative au Texte fondamental⁵⁰². Il est intéressant, dans la perspective de montrer la concrétisation progressive de l'instauration d'une justice constitutionnelle - permettant, elle-même, la concrétisation du programme constitutionnel -, de préciser que, dès 1958, la création d'une procédure permettant aux Hautes juridictions administrative et judiciaire de saisir le juge de la loi avait été proposée⁵⁰³. En 1990 puis en 1993, cette idée fut développée dans des projets de révision constitutionnelle, sans toutefois être concrétisée. Ce que fait par contre, la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 complétée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009⁵⁰⁴.

En Italie comme en France, le fait d'avoir replacé la Constitution à « sa juste place » et de lui accorder une réelle suprématie à l'égard principalement de la loi – appréhendée comme source politique du droit – a permis la naissance du contrôle de constitutionnalité. La Cour constitutionnelle a lutté contre la prévarication mise en œuvre par la majorité parlementaire à l'égard du dessein constitutionnel en indiquant, dès sa première décision en date du 14 juin 1956⁵⁰⁵, que toutes les lois peuvent faire l'objet d'un contrôle exercé à partir de leur confrontation à des normes constitutionnelles programmatiques. Près de vingt ans plus tard, le Conseil constitutionnel français a, lui aussi, refusé d'ignorer le programme prévu pour le régime de la V^{ème}

⁵⁰⁰ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974, *Possibilité pour 60 députés ou 60 sénateurs de déférer une loi au Conseil constitutionnel*.

⁵⁰¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *Modernisation des institutions de la Ve République*.

⁵⁰² Il s'agit de la question prioritaire de constitutionnalité.

⁵⁰³ Sur ce point, voir notamment RENOUX (TH.-S.), « L'autorité judiciaire et l'écriture de la République », *L'écriture de la Constitution de 1958 – Trentième anniversaire*, Paris, Economica, PUAM, 1992, p. 680 et s.

⁵⁰⁴ Loi organique publiée au *JORF* n° 0287 du 11 décembre 2009

⁵⁰⁵ *Corte cost., sent. n° 1 du 14 juin 1956, op. cit.*

République en reconnaissant, en 1971⁵⁰⁶, la possibilité de contrôler la loi à la lumière de ces normes. Il faut, à cet égard, s'écarter d'un certain fétichisme qui identifie présence du contrôle de constitutionnalité et État de droit. C'est à partir d'une certaine vision d'un programme constitutionnel que va être engendrée la justice constitutionnelle qui permettra de pérenniser ce moment constitutionnel au moyen de la hiérarchie des normes. Ce que manifeste vraisemblablement cette justice constitutionnelle n'est que la mise en œuvre moderne de la forme de l'État telle qu'elle est prévue par les constituants *ab initio* de manière programmatique. Comme l'observe le professeur M. Troper stigmatisant un certain sophisme constitutionnel : « [...] ce n'est pas seulement d'un ensemble de croyances et de valeurs, mais de la hiérarchie des normes dont il s'agit. Or la hiérarchie des normes est le mode d'exercice du pouvoir dans l'État moderne. Ainsi ce que Marshall a réellement fait, ce n'est pas déduire le contrôle de constitutionnalité des lois de la hiérarchie des normes. C'est au contraire construire la hiérarchie des normes en assurant le contrôle de constitutionnalité des lois »⁵⁰⁷.

Cet activisme constitutionnel, fondé sur le dégel des normes constitutionnelles programmatiques, a donc suppléé aux carences engendrées par l'inactivité du Parlement. Le juge constitutionnel, à partir de cette catégorie de normes, a dès lors eu un rôle fondamental protecteur des garanties souhaitées par les constituants pour le nouveau régime.

Utiles pour l'établissement du nouveau régime, les normes constitutionnelles programmatiques le sont aussi pour le droit lui-même. Cette nouvelle forme d'utilité se manifeste à partir du développement contemporain de la question de l'État de droit. La promotion de notre forme présente de l'État de droit - qui historiquement a initialement autorisé la construction d'un *État sans les droits*⁵⁰⁸ - se transforme en quelque sorte en l'affirmation de droits sans l'État, ou, dit autrement, d'un dépassement de l'État puissance. Les droits qui apparaissent actuellement se fondent pour partie dans les normes constitutionnelles programmatiques, paraissant ainsi ancrés non pas dans l'État mais dans le droit. Dans cette perspective, cette catégorie de normes se met au service du droit en ouvrant une approche structurée du système juridique : elles se présentent comme fondamentales au sens où le professeur Picard présente cette question⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Cons. const., décision n° 71-44 du 16 juillet 1971, *op. cit.*

⁵⁰⁷ TROPER (M.), « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in *Marbury v. Madison 1803-2003 un dialogue franco-américain*, sous la direction de E. Zoler, collection « Thèmes et commentaires », Actes Dalloz, 2003, p. 228 et s.

⁵⁰⁸ Conformément à la tradition classique allemande qui accorde la capacité de penser l'État sans les droits subjectifs classiques mais comme puissance.

⁵⁰⁹ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 29 et s.

SECTION 2

UNE CATÉGORIE DE NORMES AU SERVICE DU DROIT

Parler de l'utilité des normes constitutionnelles programmatiques à l'égard du fonctionnement du droit implique une analyse qui concerne leur fonction. Concernant le droit lui-même, derrière la distinction entre droits subjectifs et droit objectif se manifeste en réalité ce qui est apparu à certains comme un véritablement renversement des relations entre l'homme et la société. Cette situation a été décrite longuement par le professeur R. Savatier qui, à la suite de la seconde Guerre Mondiale, considérait qu'était en œuvre une véritable « publicisation du droit civil français »⁵¹⁰. Cette mutation impliquait que les droits subjectifs - associés à la liberté des individus - devaient inéluctablement céder la place à une prise en compte, non plus d'un individu isolé et appréhendé spécifiquement, mais d'un individu appréhendé sur un mode solidaire et indivisible⁵¹¹. Se manifeste, dès lors, un prétendu renversement des relations entre l'homme et la société. Dans ce contexte initial, la question des droits subjectifs revêt un intérêt spécifique au regard du développement même de notre conception du droit et de l'État. Actuellement l'État de droit a dépassé sa forme classique⁵¹² et se superpose maintenant à sa logique formelle une nouvelle logique qui tend à permettre un dépassement de l'État au bénéfice du droit : à l'État de droit formel s'ajoute un État de droit matériel⁵¹³. C'est dans ce contexte, largement renouvelé, que doit être posée la question des relations entre les normes constitutionnelles programmatiques et la structure du système juridique présent en France et en Italie.

Cette catégorie de normes apparaît comme susceptible d'ouvrir un espace particulier à l'intérieur même du droit objectif. Actuellement, dans ce contexte matériel de l'État de droit, ces normes programmatiques garantissent ce que le professeur D. Rousseau présente comme une légitimation du principe délibératif⁵¹⁴. Loin de se limiter à mettre en œuvre une simple fonction idéologique,

⁵¹⁰ SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Sirey, 1948 ; du même auteur, *Du droit civil au droit public*, 2e éd., Paris, Sirey, 1950.

⁵¹¹ SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1950 ; RIPERT (G.), *Le déclin du droit*, chapitre 22, « Tout devient public », LGDJ, Paris, 1949.

⁵¹² Sur cette question en particulier JOUANJOUAN (O.), *Les figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, PU de Strasbourg, 2001.

⁵¹³ Sur cette question, BOCKENFORDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Bruylant-LGDJ, Paris, 1976.

⁵¹⁴ ROUSSEAU (D.), « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 892 et s. « Dans le monde contemporain,

les normes constitutionnelles programmatiques permettent effectivement de poser une fonction structurelle. Du fait de leur structure, ces normes ouvrent l'espace délibératif qui fonde l'État de droit et enrichissent nécessairement celui-ci de nouvelles revendications. Le pragmatisme de cette catégorie de normes s'illustre par leur efficacité pratique.

Il existe un processus spécifique, selon D. Rousseau, de reconnaissance des droits nouveaux : il faut ainsi une revendication normative qui exprime une « contradiction » sociale forte ; il faut que la norme proposée soit présentée et se présente sous un rapport de cohérence avec les normes existantes ; il faut que la revendication porteuse de la norme se moule préalablement dans la forme d'expression propre au droit auquel elle aspire. À l'égard de ce processus, les normes constitutionnelles programmatiques sont parfaitement adaptées.

En ce sens, cette catégorie de normes est d'abord un instrument juridique qui permet le perfectionnement du droit. Grâce aux normes constitutionnelles programmatiques, celui-ci devient en mesure de répondre au phénomène de « *spécification du droit* »⁵¹⁵ qui se développe dans les États modernes tels que la France et l'Italie (§1). Ensuite, ces normes, en se positionnant comme matrice de droits nouveaux dont elles seraient le fondement, peuvent permettre le développement de l'État de droit matériel et, à travers lui, l'amélioration des garanties juridiques des individus (§2).

1 § - Les NCP comme réponse au phénomène de « spécification du droit »

Cette expression est empruntée au juriste italien N. Bobbio. L'auteur, dans une approche de la démocratie, évoque cette « spécification » comme correspondant au processus qui « *consiste en un passage graduel, mais toujours plus accentué, vers une détermination plus large des sujets titulaires de droits* »⁵¹⁶. Ce mouvement s'illustre dans le passage de la conception abstraite de la liberté à une approche devenue plus concrète, et, de ce fait, dans le changement de statut de l'individu. Celui-ci est passé du statut d'homme abstrait à celui d'« homme situé ». C'est à dire d'« *homme concret défini non par son essence ou par son appartenance à un type abstrait, mais par les particularités qu'il doit à la situation contingente dans laquelle il se trouve placé* »⁵¹⁷.

tous les États se présentent formellement comme des États de droit [...] Mais, en réalité, [...] le principe de discussion est nécessairement le principe distinctif de l'État de droit en ce qu'il est la condition de possibilité non seulement de cette autonomie mais encore de la reconnaissance de la capacité normative de l'espace public [...] ».

⁵¹⁵ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit. p. 85.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, tome 3, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1973, p. 40.

Il s'agit avec ce phénomène de spécification de traiter des relations entre droit objectif et droits subjectifs dans le but d'explicitier comment le premier peut apparaître comme la matrice des seconds. Cette question peut trouver un compromis acceptable à partir de la théorie du droit subjectif telle qu'elle est énoncée par Dabin⁵¹⁸. Pour ce dernier, le droit subjectif se présente comme la prérogative concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir. Il correspond en ce sens au droit des individus.

Nous savons maintenant que la relation entre droits subjectifs et développement de l'État de droit a pour objectif l'établissement d'une démocratie ou l'épanouissement des droits et des libertés de l'individu. Or, l'État de droit, sous la forme allemande, s'instaure au bénéfice seul de l'État : ce n'est ainsi que l'affirmation du droit de l'État. En ce sens, c'est au rythme de l'évolution et des mutations du concept d'État que va évoluer la relation entre droits subjectifs et droit objectif. Cet État, dans les démocraties modernes, est en quelque sorte débordé par le droit. L'idée d'un « droit objectif » liant l'État souverain renvoie à celle de droits des individus fondés sur un droit objectif qui déborde ou échappe pour partie à l'État. Dans cette perspective « l'État de droit » prend le relais de l'État souverain.

Ce changement de perspective s'illustre particulièrement par l'apparition le phénomène de spécification du droit que permet le concept de NCP. L'homme n'est plus un simple individu, ni même un citoyen. Au contraire, grâce à ce type de normes, le dispositif juridique tend à englober progressivement les sphères toujours plus précises de la vie tant dans leur universalisme⁵¹⁹ que dans leur particularisme⁵²⁰.

Par exemple le droit à l'emploi bénéficie aux nécessiteux ne pouvant subvenir à leurs besoins « vitaux ». Favoriser l'accès au travail permet ainsi de répondre aux attentes, non pas de tout individu abstraitement défini, mais de l'individu concret en situation contingente. Autrement dit, ce concept de NCP permet de trouver des réponses en droit aux besoins de l'individu sans emploi. La sphère du droit est ainsi élargie pour recouvrir au mieux la réalité de chacun⁵²¹.

⁵¹⁸ DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, rééd. 2007, introduction de Ch. Atias.

⁵¹⁹ Par exemple, la constitutionnalisation récente du droit de l'environnement en France.

⁵²⁰ Notamment l'identification dans les textes fondamentaux des situations particulières telles que les personnes malades, les jeunes enfants ou les personnes âgées... Pour N. Bobbio, le phénomène de spécification du droit « concerne le sexe, les diverses phases de la vie, ou la différence entre l'état normal et les états exceptionnels dans l'existence humaine. Pour ce qui est du genre, les différences spécifiques de la femme par rapport à l'homme ont fait l'objet de reconnaissance. Pour ce qui est des diverses phases de la vie, ce sont les droits de l'enfance et ceux de la vieillesse qui ont été progressivement distingués de ceux de l'homme adulte. Pour ce qui est des états normaux ou exceptionnels, l'exigence s'est fait jour de reconnaître des droits spéciaux aux malades, aux handicapés, aux malades mentaux, et ainsi de suite ». BOBBIO. (N.), *op. cit.*, p. 86.

⁵²¹ On retrouve d'ailleurs cette spécification dans le droit international dont les textes utilisent souvent la formulation programmatique. Citons par exemple la Déclaration des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959 et dont le septième principe prévoit que

En effet, s'appropriant le phénomène social, les Constitutions modernes ordonnent les relations sociales, économiques de l'individu. En tant que programme social à mettre en œuvre⁵²², elles prennent en compte la condition physique de la personne. Ainsi, on peut lire dans les dispositions du Préambule de la Constitution française de 1946 que sont visées « *des catégories extrêmement diversifiées* »⁵²³ d'individus. D'abord l'Homme « dans son universalité » est pris en considération. « *Tout être humain* »⁵²⁴, « *tout homme* »⁵²⁵, bénéficie d'un ensemble de droits inhérents à la « *personne humaine* »⁵²⁶. Ensuite l'Homme « sexué » est individualisé en distinguant l'homme de la « *femme* »⁵²⁷. Enfin l'homme « en situations de vulnérabilité » est identifié par des dispositions qui englobent « *l'homme persécuté* »⁵²⁸, « *l'adulte* » et « *l'enfant* », « *la mère* », « *les vieux travailleurs* »⁵²⁹...

Il en est de même en Italie où la Constitution fait référence à « l'homme dans son universalité » lorsqu'elle vise « *l'homme* », « *l'individu* »⁵³⁰, la « *personne* »⁵³¹ ou la « *personne humaine* »⁵³². « L'homme sexué » apparaît notamment aux articles 37 et 51 qui distinguent « *l'homme* » de « *la femme* »⁵³³. La Constitution consacre aussi « la qualité de la personne »⁵³⁴ lorsqu'elle distingue les « *parents* » de « *l'enfant* », quand elle identifie le cas particulier de « *l'enfant né hors mariage* » ou lorsqu'elle protège les « *minorités* »⁵³⁵. Enfin, la Constitution italienne prend en

« *L'enfant a droit à une éducation qui doit être gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires* ». Pour les commentateurs de ce droit à l'éducation, le fait que la mesure de son effectivité passe par la mise en adéquation de ce droit avec la réalité au moyen de données économiques et politiques caractérise sa programmaticité. Voir notamment DALBERA (C.), « Critiques du concept de "droit à l'éducation" au regard des pratiques d'acteurs et d'attentes des publics concernés », in *Le droit à l'éducation, quelles effectivités au Sud et au Nord ?*, Colloque international du 9 au 12 mars 2004, Université de Ouagadougou, Burkina Faso, <http://afecinfo.free.fr/ouaga/communications/Ouaga028Dalbera.pdf>. Citons aussi la Déclaration des Droits du déficient mental, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 20 décembre 1971. Ainsi, aux termes des articles 2 et 3, « *le déficient mental a droit aux soins médicaux et aux traitements physiques appropriés, ainsi qu'à l'instruction, à la formation, à la réadaptation et aux conseils qui l'aideront à développer au maximum ses capacités et ses aptitudes* » et « *le déficient mental a droit à la sécurité économique et à un niveau de vie décent. Il a le droit, dans toute la mesure de ses possibilités, d'accomplir un travail productif ou d'exercer toute occupation utile* ».

⁵²² Voir le chapitre précédent.

⁵²³ Voir CHEVALLIER (J.), « Essai d'analyse structurale du Préambule », *Le préambule de la Constitution de 1946*, 1996.

⁵²⁴ Alinéa 11 du Préambule de la Constitution française.

⁵²⁵ Alinéas 4 et 6 du Préambule de la Constitution française.

⁵²⁶ Alinéa 1^{er}.

⁵²⁷ Alinéa 3.

⁵²⁸ Alinéa 4.

⁵²⁹ Alinéas 11 et 13.

⁵³⁰ Article 2 de la Constitution italienne.

⁵³¹ Article 13.

⁵³² Article 32.

⁵³³ Articles 37 et 51.

⁵³⁴ Article 30.

⁵³⁵ Article 6.

compte le statut particulier de « *travailleur* » dans de nombreux articles, notamment les articles 36, 38 et 46⁵³⁶.

Par conséquent, les normes constitutionnelles programmatiques s'adressent certes aux pouvoirs publics, mais c'est l'individu dans sa pluri-individualité qui est visé au final⁵³⁷.

Dès lors, ce qui se manifeste dans cette perspective et au travers de ce phénomène de spécification c'est un débordement de l'État classique par le concept de l'État de droit matériel. Ce phénomène qui a lieu au bénéfice de notre vision moderne de l'État de droit permet à la catégorie juridique des normes constitutionnelles programmatiques d'ouvrir un espace en apparence fondé sur le droit au bénéfice des individus, occultant, d'une certaine manière, que ce droit n'est jamais que le droit de l'État. Se marient ainsi les prétentions juridiques de cette catégorie de disposition et sa nature politique de programme.

Cette spécification du droit se confirme avec la Charte de l'environnement adossée à la Constitution française de 1958. Celle-ci va au-delà de la consécration de la seule « *personne humaine* ». Elle protège aussi « *les générations futures* »⁵³⁸. Le discours porte ainsi non seulement sur l'être humain, mais aussi sur l'homme situé « *de notre temps* » et sur l'homme de demain.

À cet égard, une des caractéristiques des droits prévus par les dispositions programmatiques réside dans l'intemporalité⁵³⁹. Par exemple, le droit à des moyens de subsistance⁵⁴⁰ tout comme le droit d'obtenir de la collectivité les moyens convenables d'existence⁵⁴¹, paraissent s'inscrire dans une dimension hors du temps. Comme le souligne P. Häberle, ils ne défendent pas « *seulement une personne unique, un individu unique durant la durée (limitée) de la vie, mais une génération future entière, la succession de générations d'hommes et de citoyens comme une unité*

⁵³⁶ Article 36 de la Constitution italienne aux termes duquel « *Le travailleur a droit à une rémunération proportionnelle à la quantité et à la qualité de son travail (...). Le travailleur a droit au repos hebdomadaire et à des congés annuels rétribués et ne peut y renoncer* ». Article 38 aux termes duquel « *les travailleurs ont droit à ce que des moyens adaptés à leurs besoins vitaux soient prévus et assurés...* ». Article 46 aux termes duquel « *... la République reconnaît le droit des travailleurs à collaborer à la gestion des entreprises...* ».

⁵³⁷ Comme le souligne P. Häberle, c'est à l'homme que se rapportent « *tous les textes constitutionnels, tout État constitué et limité par ces derniers, toute sorte d'organisation et de procédure ainsi que toutes les missions étatiques* ». HÄBERLE (P.), *L'État constitutionnel*, texte traduit par ROFFI (M.), PUAM, Economica, 2004, p. 100.

⁵³⁸ Dernier considérant du Préambule de la Charte de l'environnement aux termes duquel « *Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* ».

⁵³⁹ En ce qui concerne cette idée mise en rapport avec les droits sociaux, voir les actes du Congrès tenu à Parme en novembre 2007, publiés in BIFULCO (R.), D'ALOIA (A.), (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teoria e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008.

⁵⁴⁰ Prévu à la disposition de l'article 38 de la Constitution italienne.

⁵⁴¹ Prévu à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution française.

indistincte »⁵⁴². En France, le droit à l'environnement récemment érigé au rang de norme constitutionnelle est particulièrement empreint de cette intemporalité. Lui, plus que tout autre droit, rend compte d'un héritage se transmettant à travers les générations. Dans ces conditions, les dispositions programmatiques témoignent d'une Constitution « *capable de conjuguer passé, présent et avenir et donc de rompre la rigidité des schémas espace-temps qui conditionnent l'efficacité du droit positif* »⁵⁴³.

Cet anthropocentrisme se confirme donc avec la Charte de l'environnement adossée à la Constitution française. Il est en effet question dans ce texte de « *l'émergence de l'humanité* », de « *l'avenir et l'existence même de l'humanité* », des « *êtres humains* », de l'« *homme* », d'« *épanouissement de la personne et du progrès des sociétés humaines* », des « *générations futures* ». En outre, quatre des dix articles de la Charte commencent par la formule « *Toute personne...* ». Ainsi, se préoccupant de la dignité humaine, ce texte révèle la volonté de protéger le monde naturel actuel en perspective d'une qualité de vie future meilleure pour l'Homme. Il constitue un programme environnemental à mettre en œuvre. La catégorie des NCP semble donc propice au domaine de la protection de l'environnement, laquelle nécessite vraisemblablement une certaine souplesse normative dont les normes constitutionnelles programmatiques sont porteuses.

Puisque dorénavant les droits constitutionnellement reconnus ne sont plus ceux de l'homme abstrait, mais bien « *ceux de l'homme engagé dans une condition contingente* »⁵⁴⁴, ce nouveau statut de l'individu implique que l'État doit prendre en considération la condition personnelle de chacun. En d'autres termes, il s'agit, pour l'État, de répondre au mieux à la question « *quels individus ?* », de mettre en adéquation leurs besoins réels et l'aménagement des garanties constitutionnellement prévues⁵⁴⁵. Sous cet angle, les Constitutions italienne et française correspondent à un programme de perfectionnement de l'État de droit en permettant la spécification du droit⁵⁴⁶.

⁵⁴² HÄBERLE (P.), *Le liberta fondamentali nello Stato costituzionale*, Urbino, 1993, p 208 et s, cité in VALENTI (V.), *I principi costituzionali in materia previdenziale e la loro dimensione intertemporale*, 2009, thèse version dactylographiée, p. 58.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁴⁴ BURDEAU (G.), *op. cit.*, p. 628. C'est-à-dire que ces droits visent certes des individus particuliers (comme le travailleur ou le malade), mais des individus pour qui ces droits sont nécessaires afin d'accéder véritablement à la liberté.

⁵⁴⁵ Ainsi, c'est l'État qui intervient progressivement afin de corriger les inégalités, car « *si la représentation idéale d'individus libres et égaux est incapable, faute d'une possible inscription dans la réalité sociale, de construire des rapports sociaux et politiques praticables, il faut donc revenir au réel et tenter d'y arriver par le droit* ». BORGETTO (M.) et LAFORE (R.), *La République sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000, p. 126.

⁵⁴⁶ Inversement, on peut aussi douter de l'intérêt de vouloir résoudre toutes les difficultés du moment, y compris celles d'ordre social ou économique, par le droit. En ce sens, une trop grande juridicisation de la société ne serait peut-être pas une réponse adéquate à ce type de problème. Au contraire, cela pourrait porter atteinte au

Mais, si ce premier aspect rend compte du pragmatisme des normes constitutionnelles programmatiques en tant que catégorie efficace pour répondre au phénomène de spécification du droit qui se développe, ce type de normes contribue aussi à perfectionner le droit en n'excluant pas automatiquement la possibilité de devenir une source de droits nouveaux.

2 § – Les NCP comme fondement de droits nouveaux

Les droits que l'on qualifie ici de « nouveaux » naissent de l'ouverture par les normes constitutionnelles programmatiques d'un espace délibératif offrant la capacité de faire apparaître de nouvelles revendications sociales. Dans sa présentation matérielle⁵⁴⁷, l'État de droit laisse toujours ouverte la question des droits. Cependant, le passage d'une revendication pré-normative à la naissance d'un droit nouveau doit répondre à diverses exigences. Il faut, en effet, que ces droits manifestent une contradiction sociale : un enjeu pour la société et sa cohésion ; il est nécessaire ensuite que ces nouveaux droits puissent être tissés dans la trame commune du droit et n'apparaissent pas en rupture avec cette dernière : se manifeste là une exigence de cohérence ; enfin la revendication nouvelle avant de devenir du droit doit se couler dans le langage même du droit objectif. Dans ce contexte, les normes constitutionnelles programmatiques, du fait même de leur ductilité, apparaissent comme le lieu naturel d'émergence de ces nouveaux droits.

La reconnaissance de l'application des normes constitutionnelles programmatiques témoigne, sur le plan contentieux, de cette rationalité poursuivie par les acteurs sociaux utilisant le droit comme ressource afin de présenter nos démocraties modernes comme représentatives de cet « espoir de la discussion » dont parle D. Rousseau⁵⁴⁸. Certaines décisions des juges italiens et français illustrent ainsi la possibilité, pour ce type de normes, d'être le fondement d'un droit nouveau. Il ne s'agit pas, ici, de montrer que toutes les normes constitutionnelles programmatiques sont à la source de tels droits. Il convient plutôt d'illustrer, à partir de la jurisprudence de ces deux pays, qu'un tel droit peut trouver sa source dans une norme de cette catégorie. Nous prendrons pour développer notre analyse deux exemples qui illustrent cette évolution : le droit de l'environnement (A) et le droit de la santé (B). Ces deux domaines témoignent de la volonté de rapprocher la naissance de ces droits d'une valeur appréhendée comme fondamentale. En ce sens, le droit n'est plus ainsi en quelque sorte directement alloué par l'État, mais se présente de manière indirecte comme enraciné

principe de la sécurité juridique. Pour les partisans de cette thèse, la proclamation d'un droit risque de rester insuffisante, l'efficacité de leur mise en œuvre restreinte par trop de bureaucratie. Par la suite, ce mouvement de spécification pourrait entretenir l'illusion selon laquelle « *n'importe quel problème, qu'il soit éthique, social, économique peut recevoir des réponses juridiques alors qu'à l'évidence seules pourraient les régler des solutions elles-mêmes éthiques, sociales ou économiques* ». CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre État de droit », *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de BRAIBANT (G.), Dalloz, 1996, p. 37 et s.

⁵⁴⁷ L'État de droit n'a plus seulement une forme, il y a également une substance.

⁵⁴⁸ ROUSSEAU (D.), « Question de Constitution », *Le nouveau constitutionnalisme : Mélanges en l'honneur de G. Conac*, Economica, 2001, p. 7 et s.

dans une nature du droit. Ces droits sont au service d'une fin et ils ne découlent qu'en apparence du contrôle à l'occasion duquel le juge leur « donne naissance ». Le fait qu'une norme constitutionnelle programmatique soit juridictionnellement reconnue comme le fondement d'un nouveau droit, qu'elle soit ainsi appréhendée comme fondamentale, empêcherait de leur refuser cette qualité structurante.

A – L'exemple du droit à l'environnement en France

L'environnement apparaît à notre époque comme un enjeu social essentiel et, à ce titre, cette question environnementale est susceptible, au regard du critère de la contradiction sociale, de permettre la reconnaissance de droits nouveaux dans le cadre de l'espace délibératif ouvert par le concept de NCP.

Cette revendication sociale prendra rapidement un tour contentieux : celui-ci permet de donner une forme à cette dernière susceptible d'être entendue par le droit et d'être ainsi articulée avec l'existant lié à la société. Ce faisant, se concrétisent les deux autres critères identifiés par le professeur D. Rousseau s'agissant du processus juridique de reconnaissance des droits nouveaux ; à savoir l'exigence de cohérence et la nécessité d'intégrer le langage du droit objectif.

L'évolution de l'utilisation des normes constitutionnelles programmatiques suivant l'usage qu'en font les juges correspond à un processus continu dans lequel s'inscrit la reconnaissance de ces normes comme « réserve de solutions aux revendications sociales ». Comme l'écrit M. Prieur au sujet du droit à l'environnement, « *les juridictions administratives et peut être encore plus, paradoxalement, les juridictions judiciaires ont entre leurs mains l'avenir de la Charte* »⁵⁴⁹. Autrement dit, leurs jurisprudences conditionnent la nature de l'effet des normes constitutionnelles programmatiques tirées de ce texte. Dans le langage des politiques publiques, les juridictions œuvrent comme portiers à l'égard de ces revendications: elles légitiment ces dernières en les intégrant dans la langue du droit positif.

Le droit à l'environnement démontre en effet parfaitement la possibilité pour une de ces normes programmatiques d'acquies progressivement un effet direct et, de ce fait, de devenir le fondement d'un droit nouveau. La doctrine a d'abord considéré que les dispositions constitutionnelles en matière environnementale, tel que l'article 1^{er} de la Charte⁵⁵⁰, étaient des normes dont

⁵⁴⁹ PRIEUR (M.), « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 49 et s., spéc. p. 60.

⁵⁵⁰ L'article 1^{er} de la Charte prévoit le « *droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». On reproche à l'article 7 relatif au principe de participation des individus à l'élaboration des décisions publiques qui ont un impact sur l'environnement d'être imprécis. FOUCHER (K.), « La consécration

l'indétermination empêchait leur application aux attentes des justiciables⁵⁵¹. Ce n'est qu'à mesure de leurs décisions que les juges ont « subjectivisé », au sens moderne de l'État de droit matériel, ce droit afin de garantir une valeur jugée fondamentale.

Dans un premier temps, en 2005, le Conseil constitutionnel a en effet consacré la valeur constitutionnelle de certaines dispositions de la Charte de l'environnement⁵⁵². Les requérants faisaient valoir devant lui la méconnaissance, par la loi, de l'article 6 de la Charte⁵⁵³. À cette occasion, le juge constitutionnel vise la Constitution, sans distinguer le Préambule ni la Charte et rappelle les termes de l'article 6 précité. S'il s'est contenté de faire référence à la Charte pour rejeter la requête dont il était saisi, il l'a aussi appliquée lors du contrôle de constitutionnalité opéré, lui reconnaissant valeur constitutionnelle au même titre que l'ensemble des autres dispositions de la Constitution. Il est vrai que cette décision ne fait pas encore des normes constitutionnelles programmatiques prévues par ce texte des droits nouveaux invocables. Toutefois, comme le souligne M. Gros, pour le juge « *le filtre méthodologique du principe d'intégration est indispensable à son utilisation, qui pour être indirecte, n'en est pas pour autant inexistante* »⁵⁵⁴.

C'est en 2008 que le juge constitutionnel censure pour la première fois le législateur sur la base de dispositions tirées à la fois de la Charte de l'environnement et de l'article 34 de la Constitution⁵⁵⁵. Rappelant notamment le premier article de cette Charte relatif au droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé, le juge affirme que son respect s'impose autant « *aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* »⁵⁵⁶ qu'à « *l'ensemble des personnes* »⁵⁵⁷. Ce nouveau droit lié à l'environnement est donc directement tiré de la norme constitutionnelle programmatique mise en cause. L'imprécision de cette dernière

du droit de l'environnement par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA*, 2006, p. 2316 et s.

⁵⁵¹ BABBÉ (V.), « Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation », www.droitconstitutionnel.org.

⁵⁵² Cons. const., décision n° 2005-514DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français de l'immigration des navires*, *Rec.*, p. 78.

⁵⁵³ Aux termes de l'article 6 de la Charte de l'environnement, « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ».

⁵⁵⁴ GROS (M.) « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ? », *R.D.P.*, n° 2, 2009, p. 425 et s., spéc. p. 435.

⁵⁵⁵ Cons. Const., décision du 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux OGM*, *Rec.*, p. 313. Par une décision de 2009, il annule des articles de la loi de finance relative à la contribution carbone, jugeant ces dispositions contraires aux articles 2, 3 et 4 de la Charte. Cons. Const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi relative au financement de la contribution carbone*, *Rec.*, p. 218.

⁵⁵⁶ Cons. Const., décision du 19 juin 2008 précitée, cons. 18.

⁵⁵⁷ Cons. 5. Dans le même sens, Cons. const., décision du 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement], *JO* du 9 avril 2011, p. 6361. Le juge constitutionnel reconnaît que l'article 1^{er} de la Charte s'impose à l'ensemble des personnes et non pas seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives.

ouvrant un « espace de discussion » qui permet au droit de répondre aux revendications environnementales nouvelles. Des obligations devraient ainsi naître dans le chef des individus, d'autant que le juge constitutionnel énonce que « *chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* »⁵⁵⁸.

Un pas de plus est franchi par la décision du 14 octobre 2011⁵⁵⁹ avec laquelle le Conseil constitutionnel a, cette fois, fait droit à une question prioritaire de constitutionnalité. Les requérants faisaient valoir le fait que les articles L 511-2 et L 512-7 §3 du code de l'environnement étaient contraires à l'article 7 de ladite Charte portant sur le droit à l'accès aux informations relatives à l'environnement et sur le droit à la participation aux décisions ayant une incidence environnementale⁵⁶⁰. Par cette décision, le Conseil constitutionnel a déclaré la disposition législative mise en cause non conforme à cette norme constitutionnelle programmatique. Il a en effet estimé qu'« *en adoptant les dispositions contestées sans prévoir la participation du public, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence* ». Tout en retenant l'incompétence négative du législateur, le juge fait là encore des programmes constitutionnels le fondement de nouveaux droits afin de garantir une valeur jugée fondamentale, l'environnement.

À côté de la jurisprudence du juge de la rue Montpensier, celle des juridictions ordinaires témoigne, elle aussi, de l'aspect structurant des normes constitutionnelles programmatiques. Ainsi en est-il par exemple de l'ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne rendue le 19 avril 2005⁵⁶¹, première jurisprudence administrative en matière d'application de la Charte de l'environnement. Saisi par des associations de protection de l'environnement afin d'enjoindre au préfet de la Marne de prendre toute mesure utile à l'interdiction de la manifestation appelée « Teknival », au motif qu'elle constituait une atteinte grave et illégale au droit à l'environnement, le juge a fait droit à la requête. Il considère en effet que l'adossement à la Constitution du « *droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » implique que le législateur a voulu ériger le droit à l'environnement en

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Cons. const., n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], *Journal officiel*, 15 octobre 2011, p. 17466.

⁵⁶⁰ Aux termes des dispositions codifiées à l'art. L 511-2 du code de l'environnement, « *Les projets de décret de nomenclature concernant les installations enregistrées font l'objet d'une publication, éventuellement par voie électronique, avant transmission pour avis au Conseil supérieur des installations classées* ». Concernant ces mêmes installations classées E, « *les projets de prescription générale font l'objet d'une publication, éventuellement par voie électronique, avant transmission pour avis au Conseil supérieur des installations classées* » (art. L 512-17 paragraphe III du code de l'environnement).

⁵⁶¹ TA Châlons-en-Champagne, ordonnance du 29 avril 2005 n° 0500828. Dès lors, « *la Charte crée un droit subjectif et une liberté fondamentale au sens de l'article L 521-2 du CJA* ». GUIHAL (D.), « La Charte de l'environnement et la juridiction judiciaire », *RJE*, n° spécial, 2005, p. 247.

« liberté fondamentale de valeur constitutionnelle ». En l'espèce, il juge que « *le préfet de la Marne a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* ».

La Haute juridiction administrative confirme l'aspect « pacificateur » revêtu par les normes constitutionnelles programmatiques dont la ductilité permet de dégager un droit répondant aux revendications nouvelles jugées fondamentales. Avec sa décision rendue le 3 octobre 2008⁵⁶², le Conseil d'État reconnaît expressément valeur constitutionnelle à la Charte. Après avoir cité l'article 7 de cette dernière et l'article 34 de la Constitution, il énonce ainsi que « *ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle* ». Par conséquent, « *elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* ». En l'occurrence, après analyse des faits, le Conseil d'État juge que la requérante est « *fondée à demander l'annulation du décret attaqué* » sur la base de la norme programmatique tirée de l'article 7 de la Charte. En annulant le décret d'application d'une loi, le Conseil d'État a donc consacré l'opposabilité de la Charte de l'environnement à l'égard des citoyens⁵⁶³. Ces derniers peuvent donc se prévaloir des droits à la participation et à l'information qui sont prévus par cette norme afin de résoudre une situation conflictuelle. Le Conseil d'État a par la suite affirmé sa jurisprudence en annulant les dispositions de deux décrets relatifs aux OGM au motif qu'ils intervenaient dans des domaines confiés à la loi par l'article 7 de la Charte⁵⁶⁴.

Il ressort de cette jurisprudence que le justiciable peut dorénavant se prévaloir devant le juge administratif de nouveaux droits reconnus sur le fondement de normes constitutionnelles programmatiques et qui répondent à la nécessité de garantir la valeur fondamentale qu'est l'environnement. Un constat similaire est observable en Italie, notamment à partir du droit à la santé.

⁵⁶² CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, req. 297931 ; voir conclusions AGUILA (Y.), « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'Etat. Invalidation du décret Grands lacs de montagne », *Droit de l'environnement*, 162/08, p. 19 et s ; A.J.D.A. 39/2008, p. 2166, chronique GEFFRAY (E.) et LIÉBER (S.-J.) ; *RFDA* 6/08, p. 1158, note JANICOT (L.) ; *DA* 11/08, comm. n° 152, MELLERAY (F.) ; GROS (M.) « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ? », *R.D.P.* n° 2/2009, p. 425 et s ; CARPENTIER (E.), « Le juge administratif et la Charte constitutionnelle de l'environnement », *R.D.P.*, n° 2/2009, p. 450 et s.

⁵⁶³ A cette occasion, le Rapporteur public Y. Aguila affirme qu'un principe environnemental « *peut normalement toujours être invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire* ». De manière plus générale, il énonce que « *tout justiciable peut se prévaloir de la Charte de l'environnement devant le juge administratif* ». AGUILA (Y.), *op.*, cit.

⁵⁶⁴ CE, 24 juillet 2009, « Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique », n° 305314.

B – L'exemple du droit à la santé en Italie

Le droit à la santé, comme le droit à l'environnement avec lequel il entretient d'ailleurs des liens évidents, apparaît comme un candidat parfait à la mise en œuvre, dans le cadre de l'affirmation du principe délibératif - fondement véritable de l'État de droit matériel – de nouveaux droits tels que le droit à recevoir des soins ou encore du droit à l'intégrité psycho-physique. En effet, au-delà d'une terminologie qui apparaît datée et d'une application délicate de cette norme, force est de constater que la logique italienne suit également le processus que nous avons déjà mis à jour.

L'article 32 de la Constitution italienne relatif au droit à la santé énonce que « *la République protège la santé publique comme droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et assure les soins gratuits aux indigents* ». Aussi, une première lecture de ce texte semble faire du droit à la santé un devoir pour la puissance publique plus qu'un droit. Toutefois, comme l'avenir de la Charte de l'environnement est entre les mains des juges français, celui du droit à la santé de la Constitution italienne est entre les mains des juges de la péninsule.

À cet égard, comme le souligne C. Panzera, il existe aujourd'hui une « *croissance exponentielle des revendications liées à la santé, phénomène consécutif, en quelque sorte, à l'allongement de la vie, mais aussi au progrès technologique en médecine et au coût important des soins* »⁵⁶⁵. De ce fait, le droit à la santé se présente comme une sorte de matrice à de nouvelles garanties juridiques. Il détient une pluralité de facettes qui trouve à s'exprimer à travers le procédé d'intégration matérielle de la Constitution. Le but étant de rechercher une légitimation plus forte de ces revendications dans un contexte du changement de l'ordre de valeurs qui est inhérent à la société moderne. Le premier critère mis en évidence par D. Rousseau est donc bien établi puisqu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un véritable enjeu pour la société. Néanmoins, la création de nouveaux droits sur la base de cette norme programmatique doit aussi pouvoir s'intégrer sans rupture avec le droit existant, de manière à ce que ces nouvelles revendications soient elles-mêmes intégrées dans le langage du droit.

Aux termes de l'article 32 précité, le droit à la santé est un « *droit fondamental* »⁵⁶⁶. Ce que la Cour constitutionnelle italienne précise en considérant que « *le droit à la santé présente du point*

⁵⁶⁵ PANZERA (C.), « *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (Verso un inedito "corcuito" di produzione normativa ?* », in *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, A cura di P. Bianchi, Plus, Pise, 2006, p. 85 et s, spécialement p. 88.

⁵⁶⁶ Aux termes de l'article 32, le droit à la santé comprend « *... la santé publique comme droit fondamental...* ».

de vue constitutionnel deux aspects, l'un individuel et subjectif en tant que droit fondamental individuel, l'autre social et objectif, la protection de la santé dans l'intérêt de la collectivité »⁵⁶⁷.

Dans son acception individuelle, le droit à la santé revêt les traits d'un droit-liberté. En ce sens, tout tiers, personne publique ou privée, doit s'abstenir de porter atteinte au bien objet de ce droit dont toute personne est titulaire. Dans une décision en date du 26 juillet 1979, la Cour constitutionnelle italienne précise ainsi que la santé doit être garantie « *comme droit fondamental de l'individu* »⁵⁶⁸. Elle affirme que la santé s'entend « *parmi les situations subjectives directement protégées par la Constitution* »⁵⁶⁹. En tirant les conséquences, la Consulta poursuit en estimant que « *lorsqu'on ne peut douter de l'existence du fait illicite, la réparation doit être obligatoire en cas de violation de ce droit* »⁵⁷⁰. La Cour conclut finalement qu'« *il en découle que le caractère indemnisable ne peut être limité aux conséquences de la violation qui ont une incidence sur la capacité de l'individu à produire des revenus, mais doit aussi prendre en compte les effets de lésion du droit, considéré comme position subjective autonome, indépendamment de toute autre circonstance et conséquence* »⁵⁷¹. Quelques années plus tard, la Cour constitutionnelle italienne réaffirme clairement que « *la valeur primaire conférée au droit à la santé implique que sa protection doit se réaliser non seulement dans le cadre publiciste [...] mais également dans les rapports entre particuliers* »⁵⁷².

Le bien santé est, en ce sens, qualifié de fondamental ; il relève des valeurs primaires à protéger qui justifient que le droit se saisisse de la pluralité de situations qu'il concerne, et qui correspondent à de véritables enjeux pour la société. Cette pluralité, la Cour la reconnaît lorsqu'elle affirme que la protection dont doit bénéficier ce « droit à facettes » nécessite d'être « *exhaustive* »⁵⁷³. En l'occurrence, la ductilité de cette norme programmatique ouvre la possibilité de l'intégration matérielle - c'est-à-dire des valeurs sociales - qui permet l'évolution de liens de loyauté contribuant au vouloir vivre ensemble déjà évoqué. À cette fin, ce type de normes rend possible le fait de tenir compte de l'existence même de la communauté à intégrer et, par là même, engendre des droits nouveaux. C'est par exemple le cas du droit aux soins médicaux nécessaires à

⁵⁶⁷ Voir décision de la Cour constitutionnelle italienne, *Sent.* n° 118 du 15 avril 1996, *BJC*, 1996, p. 70 ; MATHIEU (B.), « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *CCC*, n° 6/1999, p. 59 et s., spécialement p. 62.

⁵⁶⁸ *Corte cost. sent.* n° 22 du 26 juillet 1979, *op.*, *cit.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² *Corte cost. sent.* n° 559 du 18 décembre 1987, *Giur. cost.*, 1987, p. 3518.

⁵⁷³ *Corte cost. sent.* n° 992 du 27 octobre 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 4676.

la protection de l'intégrité de l'individu qui ne peut, de lui-même, y accéder⁵⁷⁴, ou encore, du droit aux soins de multi-thérapie pour le malade atteint d'un cancer dont les traitements officiels restent sans effet et qui est dans l'incapacité financière d'accéder à ces soins⁵⁷⁵.

Parmi ces nouveaux droits dont la norme constitutionnelle programmatique relative à la valeur fondamentale « santé » est la matrice, et qui répondent aux exigences liées parmi d'autres à l'allongement de la vie et au développement des techniques médicales, la *Consulta* a reconnu le droit à l'intégrité psycho-physique qui se décline notamment en droit à l'indemnisation des dommages liés aux vaccinations obligatoires et le droit des femmes travailleuses.

L'intégration⁵⁷⁶ du premier trouve son origine dans l'introduction, en 1990, dans la législation relative à l'obligation de traitements sanitaires et, en particulier, de vaccination antipoliomyélite, de la notion d'« indemnité équitable »⁵⁷⁷.

Cette intervention de la Cour allait mettre en marche le processus législatif qui aboutit, deux ans plus tard, à l'adoption de la loi n° 210 du 25 février 1992 relative à l'indemnisation en faveur des individus victimes de complications de type irréversible à cause de vaccinations obligatoires, de transfusions et administrations de produits sanguins. Saisie de ce texte, la Cour déclare inconstitutionnelle la réglementation de cette indemnisation pour ne pas avoir couvert les situations produites avant l'entrée en vigueur de la loi sans donner de justification légitimant la différenciation entre les victimes qui avaient subi un dommage avant et celles qui l'avaient subi, dans les mêmes conditions, après. À cette occasion, la Cour identifie alors une « véritable

⁵⁷⁴ Voir à ce titre la loi n° 833 du 23 décembre 1978 de réforme sanitaire instituant le service sanitaire national. Ce dernier correspond à « l'ensemble des fonctions, des structures, des services et des activités destinés à la promotion, au maintien et au rétablissement de la santé physique de toute la population sans distinction de conditions individuelles ou sociales et selon des modalités qui assurent l'égalité des citoyens à l'égard du service ». Voir l'article 1^{er} alinéa 3 de la loi.

⁵⁷⁵ *Corte cost. sent.* n° 185 du 20 mai 1998, *op. cit.* Cette décision a fait l'objet de commentaires de la part de la doctrine française. Sur ce point, voir MATHIEU (B.), « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *CCC*, n° 6, 1999, p. 59. En Italie, voir notamment PRINCIPATO (L.), « La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimum del diritto fondamentale alla salute" », *Giur. cost.*, 1998, p. 3853 et s.

⁵⁷⁶ L'intégration correspond en quelque sorte à la reconnaissance par le droit de nouvelles valeurs et de nouvelles revendications unificatrices. Un État est toujours en évolution. Individus, classes sociales, valeurs sociales changent constamment. Selon M. Herrero de Minon, l'intégration correspond au « plébiscite de tous les jours » représentant la Nation, en ce sens que l'État le plus intégré est celui qui apparaît comme correspondant à « la peau » du corps national. Pour ce faire, la Constitution de l'État est son mécanisme d'intégration. Elle est un élément matériel d'intégration qui permet l'évolution d'une série d'affinités contribuant au vouloir vivre ensemble cher à J. Dewey. Pour une analyse précise de cette notion d'intégration, voir notamment HERRERO DE MINON (M.), « Transition démocratique et choix constitutionnel », *Le processus constitutionnel, instrument pour la transition démocratique : actes de conférence UniDem*, Istanbul 8-10 octobre 1992, Ed. Conseil de l'Europe, Coll. « Science et technique de la démocratie », 1993, p. 21 et s.

⁵⁷⁷ *Corte cost., sent.* n° 307 du 14 juin 1990, *Giur. cost.*, p. 1874

obligation, qui correspond à une prétention directement protégée par la Constitution »⁵⁷⁸, reconnaissant ce nouveau droit qui répond ainsi à une revendication sociale nouvelle liée au caractère fondamental de la valeur santé.

L'intégration du second répond aux revendications liées à la prise en compte de la santé dans l'évolution des conditions de travail. En 2000, la Cour est ainsi intervenue sur la réglementation relative à l'arrêt anticipé de travail en cas de grossesse prévu par la loi n° 1204 du 30 décembre 1971 relative à la protection de la grossesse et de la maternité des mères qui travaillent⁵⁷⁹. Cette législation opérait une discrimination entre les employées, excluant de son bénéfice les employées à domicile (lesquelles n'étaient concernées par cette garantie seulement avant l'accouchement). Statuant sur la constitutionnalité de cette loi, la Cour se base sur l'article 32 afin d'empêcher que la santé de l'employée et de l'enfant à naître soit exposée à des risques à cause d'une activité professionnelle les mettant en présence d'événements ou de conditions préjudiciables à la grossesse⁵⁸⁰. À travers cette norme constitutionnelle programmatique, c'est donc la protection de la maternité qui est prise en compte au regard du « pilier » qu'est la valeur fondamentale de la santé de la femme et du nouveau-né⁵⁸¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Les normes constitutionnelles programmatiques sont l'expression du droit que C.-A. Morand appelle « néo-moderne »⁵⁸² ou que d'autres présentent comme « réflexif ». L'utilitarisme ou le pragmatisme de la norme permettent ainsi de connaître un phénomène d'adaptation du droit à la complexité de la société dont il procède. En ce sens, les normes constitutionnelles programmatiques manifestent une progression du droit. Une évolution de celui-ci qui se réalise au rythme d'une relation plus concrète avec les mouvements de la société qu'il régule - et ceci en rendant compte d'une vision plus complexe de la société à laquelle le droit s'applique. Les normes constitutionnelles programmatiques permettent dès lors la prise en considération par la Constitution et ses interprètes d'une pluralité de significations au bénéfice d'une pluralité de destinataires et d'intérêts. Ces normes ont, en ce sens, pour fonction d'articuler le droit et les

⁵⁷⁸ *Corte cost. sent.* n° 118 du 15 avril 1996 *Giur cost.*, p. 1006.

⁵⁷⁹ *Corte cost., sent.* n° 360 du 12 juillet 2000 *Giur cost.*, p. 2596.

⁵⁸⁰ *Ibid.* Cons. n° 4.

⁵⁸¹ *Corte cost., sent.* n° 361 du 12 juillet 2000 *Giur. cost.*, p. 2603.

⁵⁸² MORAND (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1999. Sur le droit réflexif, voir « droit réflexif », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition corrigée et augmentée, LGDJ, Paris.

revendications sociales à partir des contraintes posées par le « moment constituant »⁵⁸³. Ce pragmatisme agit ainsi dans l'intérêt du régime constitutionnel et au profit de la structure du droit lui-même. Il développe les implications de notre régime institutionnel et creuse l'espace de discussion offert par le droit objectif dans une société pluraliste et démocratique. De la sorte, il manifeste, à sa manière, que le temps du droit, comme le temps de l'homme ou du politique, est toujours le futur. Que le droit n'est jamais – appréhendé comme signification d'un énoncé juridique – pleinement là où il est au moment où il apparaît comme texte ouvert à la discussion. Dès lors, les normes constitutionnelles programmatiques peuvent être à l'origine d'une pluralité de situations juridiques nouvelles qui ne sont finalement que le déploiement nécessaire de ces dernières.

⁵⁸³ « Alors que la pensée moderne avait progressivement dévoilé le caractère arbitraire des règles juridiques, l'intervention des juges constitutionnels conduit à les replacer sous le règne de la Vérité. Les lois ne tirent plus leur autorité d'une décision politique de la volonté d'hommes en situation arithmétique, à un moment donné, d'imposer leurs vues mais de leur rapport de vérité à la Constitution. Les juges en effet – dans cette conception de leur rôle – effacent, ou, plus exactement, recouvrent l'arbitraire des lois soit, s'ils les confirment, en leur procurant un caractère objectif, soit s'ils les censurent, en montrant précisément que l'arbitraire politique ne peut être la source des lois. Bref, le contrôle de constitutionnalité transforme la loi des hommes, êtres physiques, subjectifs et partisans, en loi du Droit, sorte de divinité garantissant par son extériorité le sens et la valeur de vérité de la règle. Et les juges, en se donnant à voir comme la simple bouche du Droit [...] : d'où le culte dont il serait l'objet et que chacun – juges ordinaires, hommes politiques, professeurs de droit, etc. – devrait pieusement reconnaître et honorer ». ROUSSEAU (D.), *op. cit.*, p. 7.

CONCLUSION DU TITRE 2

L'inscription de normes programmatiques dans une Constitution peut, par méfiance à l'égard du politique, sembler inopportune dans la sphère du droit. Pour autant, ces normes ont joué un rôle déterminant dans l'évolution politique, sociale et même juridique de la France et de l'Italie.

En effet, le concept de NCP se présente comme un instrument qui a servi une stratégie politique non seulement au « moment constituant », mais aussi après l'entrée en vigueur des Constitutions française et italienne. Grâce à cette catégorie de normes, les rédacteurs des Textes fondamentaux ont inscrit leurs idéologies et leur vision des rapports de l'État avec la société. Par la suite, les normes constitutionnelles programmatiques ont été utilisées par le législateur, avec l'aide des juges ordinaires, comme instrument au service de la représentation politique. Certes, ces fonctions originelles revêtues par ce concept pouvaient susciter la crainte d'une certaine instrumentalisation politique du droit. Celui-ci perdant son identité au bénéfice de montages politiques qui le façonnent. Cependant, si cette inquiétude n'est pas dépourvue de fondements, il reste que les normes constitutionnelles programmatiques se présentent aussi comme un instrument efficace qui contribue au perfectionnement du système constitutionnel. Le concept de NCP revêt en ce sens une fonction utilitaire qui bénéficie au régime constitutionnel ainsi qu'au droit lui-même. D'abord, parce qu'avec ces normes, les Constitutions ont effectivement favorisé le régime démocratique des Républiques qu'elles instituent. Ensuite, parce que ces normes servent au perfectionnement du droit. Elles ne correspondent pas seulement à un programme institutionnel, elles posent aussi un programme social qui devra être mis en œuvre conformément au « moment constituant ». Le déploiement du droit à partir des normes constitutionnelles programmatiques rend possible une spécification du droit. Ces normes, qui initialement ne lient que la puissance publique, deviennent les fondements de nouveaux droits.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'identification du concept de NCP à travers l'approche de la fonction de ces normes n'a pas connu les limites rencontrées dans la tentative d'identification de la catégorie à partir de critères formels ou matériels.

On ne peut répondre à la question de savoir à quoi renvoie ce concept. Les normes constitutionnelles programmatiques échouent à se ranger à l'intérieur d'une classe préétablie de garanties constitutionnelles. Le domaine formel qu'elles recouvrent est au contraire transversal.

De même, il est difficile de répondre à la question : sur quelle base les normes constitutionnelles programmatiques sont-elles constituées ? Cette interrogation est aporétique, la recherche d'éléments constitutifs propres à la catégorie ne produisant pas les fruits espérés.

L'approche formelle comme l'approche matérielle ne sont donc pas susceptibles de servir à l'identification de cette catégorie de normes. En revanche, une approche fonctionnelle le permet. Faute de nature propre, ces normes s'identifient au regard de leur fonction : les normes constitutionnelles programmatiques correspondent à un atout au bénéfice du régime constitutionnel.

Elles dévoilent, dans un premier temps, leur fonction originelle. Il s'agit, dès lors, d'être utile aux politiques, ainsi qu'aux juridictions ordinaires qui ont su en faire usage afin de construire une approche favorable à la loi et neutralisant la Constitution. Dans cette perspective, cette catégorie s'identifie comme une stratégie juridique dont disposent les politiques et les juristes.

L'analyse éclaire, par la suite, la fonction utilitariste des normes constitutionnelles programmatiques. Ces dernières favorisent, en effet, l'adaptation du droit à la complexité de la société et son développement. Ces normes favorisent les individus, ceux-ci pouvant bénéficier de nouveaux droits développés à partir d'une perception réflexive du droit.

Les normes constitutionnelles programmatiques sont donc appréhendées dans une perspective pragmatique. L'ensemble de leurs fonctions exprime alors une sorte de conception instrumentale du droit. Elles dévoilent effectivement une conception du droit orientée vers l'efficacité et l'effectivité. La reconnaissance de la valeur normative des programmes constitutionnels confirme d'ailleurs que le concept de NCP introduit ce nouveau rapport au droit.

SECONDE PARTIE

LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS

Étant parvenu à singulariser le concept de NCP, il convient à présent de déterminer si celui-ci renvoie, à proprement parler, à des « normes » constitutionnelles. L'enjeu est de taille car, en cas de réponse positive, le postulat du changement de nature du droit gagnerait en substance. Dans ce cas, des « normes » constitutionnelles agiraient effectivement sur le droit. Elles ne renverraient donc pas seulement à des entités extérieures à lui. Le droit changerait alors de l'intérieur dans une direction plus souple des conduites. L'inscription de programmes dans les Constitutions serait ainsi porteuse d'une nouvelle efficacité normative.

Il s'agit donc de savoir si les « normes » constitutionnelles programmatiques appartiennent au domaine du juridique ou si, au contraire, dépourvues de normativité, elles doivent en être exclues. La normativité désigne l'aptitude de la norme à déterminer les conduites humaines. La question est donc de savoir si ces programmes constitutionnels sont normatifs. Or, la normativité a souvent été refusée aux énoncés téléologiques. L'imprécision de ces formulations programmatiques les prive de charge juridique. Il ne faudrait qu'un pas pour déduire de cette affirmation que les programmes prévus par les dispositions constitutionnelles ne sont pas de véritables normes juridiques. Cependant, ce serait une erreur que d'opter pour cette logique.

Pour répondre à cette question, il faut distinguer *l'existence* de la normativité des programmes constitutionnels de sa *consistance*. Car si leur normativité est reconnue, elle reste relative. Parler d'*existence* puis de *consistance* de la normativité revient à évoquer cette dernière de manière abstraite puis concrète. Dans ce second cas, il s'agit de prendre en considération la portée réelle de la normativité, autrement dit l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques. Une norme peut en effet déterminer une conduite de manière variable, plus ou moins forte. L'application effective de la norme dépend alors de l'intensité avec laquelle elle détermine une conduite à adopter. Or, en l'occurrence, nous verrons que les normes constitutionnelles programmatiques se distinguent par une normativité abstraite qui, si elle est réelle (Titre 1), reste toutefois limitée quant à sa portée effective. Autrement dit, concrètement, la normativité des programmes constitutionnels est à relativiser (Titre 2).

TITRE 1

L'EXISTENCE DE LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS : UNE NORMATIVITE ABSTRAITE RECONNUE

Les dispositions de forme téléologique sont souvent considérées comme privées de normativité. Ainsi, les objectifs de valeur constitutionnelle seraient plus des « *finalités assez générales* »⁵⁸⁴ que des normes. De même, les énoncés programmatiques des statuts régionaux italiens ne sont pas considérés comme des énoncés normatifs mais seulement comme des « *proclamations d'objectifs* »⁵⁸⁵. De manière générale, le caractère prescriptif des formulations programmatiques présentes dans les textes juridiques a été contesté tantôt par les juridictions, tantôt par la doctrine. Toutefois, en déduire que les programmes constitutionnels correspondent à de simples déclarations extérieures au droit est prématuré. Notamment parce que, si leur appartenance à la catégorie des normes juridiques dépend de la normativité, il faut d'abord s'entendre sur la signification de cette dernière. Or, il existe différentes manières d'envisager la normativité. Il s'agit ici de montrer que suivant les approches qui en sont faites, les programmes constitutionnels sont dotés d'une normativité qui les intègre dans le champ des normes juridiques (Chapitre 1). La reconnaissance de la normativité de ces programmes établie devrait avoir logiquement pour conséquence d'harmoniser les effets juridiques des normes constitutionnelles programmatiques avec ceux que produisent toutes normes constitutionnelles. C'est-à-dire que les programmes constitutionnels étant dès lors *dans* le droit, leur normativité devrait leur permettre de déterminer les conduites humaines, à l'instar de toute norme constitutionnelle (Chapitre 2).

⁵⁸⁴ HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 29^{ème} éd., LGDJ, coll. « Manuels », 2005, p. 804.

⁵⁸⁵ CALAMO SPECCHIA (M.), « La réforme du 5^{ème} titre de la Constitution italienne et la nouvelle discipline constitutionnelle des rapports avec l'Union européenne », *op. cit.*, p. 9.

CHAPITRE 1

LA RECONNAISSANCE DE LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS

La reconnaissance de la normativité des programmes constitutionnels dépend de la conception que l'on adopte de cette notion. Autrement dit, la détermination du fait de savoir si les dispositions constitutionnelles programmatiques sont des normes juridiques demeure subordonnée à la perception que l'on a de la normativité.

À cet égard, il fut un temps où, des deux côtes des Alpes, la conception matérielle de la normativité prévalait. C'est-à-dire une conception de la normativité liée à la forme prescriptive de la disposition. Dans ce cas, l'existence de l'élément matériel, à savoir l'énoncé prescriptif, conditionne la reconnaissance de la normativité de la disposition. Suivant cette approche, les programmes constitutionnels demeuraient éloignés de la sphère du droit.

Toutefois, cette conception, trop restrictive, était fondée sur des critères qui allaient en montrer les limites face à l'évolution que connaît le droit moderne. La conception fonctionnelle de la normativité peut, quant à elle, rendre compte de la variation de la teneur normative du droit. Selon cette conception, la normativité de l'énoncé dépend de la fonction de la norme : celle-ci pourra être plus ou moins intensive, allant de la seule fonction de guide – la norme indique seulement une manière d'agir – à la fonction de contrôle beaucoup plus contraignante – la norme, en plus de diriger une action, sert aussi de paramètre de contrôle pour sanctionner un comportement déviant. Dans ce cas, la normativité d'un énoncé ne dépend plus d'un état ; celui d'être prescriptif ou pas. Cette conception fonctionnelle rend effectivement compte d'une normativité plus nuancée qui permet de ne pas exclure les programmes constitutionnels du droit.

Suivant que l'on adopte la conception matérielle ou bien la conception fonctionnelle de la normativité, les programmes constitutionnels sont exclus ou, au contraire, semblent pouvoir relever de la catégorie des énoncés normatifs. Toutefois, ni l'une ni l'autre de ces approches ne permet de reconnaître avec certitude la normativité des programmes constitutionnels (Section 1). À cet égard, c'est l'approche formelle de la normativité qui, définitivement, paraît la plus convaincante pour démontrer que la formulation programmatique des énoncés constitutionnels n'influe pas sur la possibilité de leur reconnaître la normativité (Section 2).

SECTION 1

DE L'APPROCHE MATÉRIELLE À L'APPROCHE FONCTIONNELLE DE LA NORMATIVITÉ : LA NORMATIVITÉ INCERTAINE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS

Les programmes constitutionnels sont des énoncés rédigés d'une manière imprécise. Nous avons vu qu'ils peuvent apparaître comme des mandats dont le législateur est le destinataire. Ces caractéristiques sont précisément les raisons pour lesquelles la normativité des dispositions constitutionnelles programmatiques a pu être mise en doute. À cet égard, la perspective dans laquelle on aborde la notion de normativité est fondamentale pour tenter de lever le voile sur cette incertitude.

En termes de normativité matérielle, il semble que le programme constitutionnel doive s'éloigner du droit. Puisque la prescription est liée à la précision de l'énoncé, l'imprécision de la formulation du programme lui enlève tout caractère prescriptif. Dépourvu de cet élément matériel, le programme constitutionnel ne peut donc être normatif. Mais cette conception connaît des limites (1§). À l'époque de « la crise de la normativité juridique », il semble effectivement que cette approche restrictive de la normativité reste inapte à rendre compte de la réalité juridique. C'est pourquoi il convient de se référer à une approche fonctionnelle susceptible de montrer la variation de la teneur normative du droit (2§).

1 § – L'insuffisance de l'approche matérielle de la normativité des programmes constitutionnels

La conception matérielle de la normativité entretient avec la notion de « prescription » des relations qui doivent être clarifiées. Selon cette approche, est normatif l'énoncé qui est suffisamment précis pour être prescriptif (A). Or, ce qui caractérise actuellement la production juridique, c'est nettement le reflux de la prescription. Ce qui, dès lors, implique l'inadaptation de la conception matérielle de la normativité à la réalité juridique (B).

A – Une normativité refusée aux programmes constitutionnels en raison de leur imprécision

Différencier les normes prescriptives des dispositions programmatiques revient à considérer que ce qui correspond au « prescriptif » ne peut relever du « programmatique ». Cette dualité paraît

donc exclusive. Elle implique que la disposition programmatique n'a pas de caractère prescriptif. Or, classiquement, l'élément prescriptif est un élément d'identification du droit. Le droit est prescriptif. Par conséquent la disposition constitutionnelle programmatique serait exclue du champ du droit.

On sait que la formulation des énoncés programmatiques est imprécise. Or, longtemps, il a été admis qu' « *il n'y a de juridique que là où le langage a un sens plus précis que tout autre langage* »⁵⁸⁶. Le Conseil constitutionnel français précise d'ailleurs que pour édicter des textes de portée normative, le législateur doit « *énoncer des règles* »⁵⁸⁷. C'est-à-dire qu'il doit « *adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »⁵⁸⁸. On retrouve aussi cette exigence dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne. Celle-ci précise, en effet, que s'entendent comme prescriptives les normes « *qui présentent des caractéristiques structurelles déterminées qui leur permettent d'être appliquées directement à un cas concret par le juge* »⁵⁸⁹.

Non équivoque, déterminée, la formulation des énoncés normatifs réclame donc de la précision. À partir d'une lecture matérielle de la normativité, la prescription de l'énoncé est liée à la précision de son énonciation. Dès lors, indirectement, la précision devient le critère du normatif. Un critère d'ordre matériel qui tient à la substance de l'énoncé. D'autant que, traditionnellement, la fonction normative du droit est de prescrire, d'ordonner. D'abord, il énonce un commandement. Il commande une action qui consiste à faire, à ne pas faire ou bien à permettre quelque chose. Ensuite, il prévoit une sanction en cas d'écart au commandement qu'il prescrit. C'est pourquoi, la prescription nécessite un certain degré de précision pour que l'on puisse s'y conformer.

⁵⁸⁶ ELLUL (J.), « Loi et sacré. Droit et divin. De la loi sacrée au droit divin », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1974, p. 51. Cité par AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », in CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.) (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 159 et s., spécialement p. 163.

⁵⁸⁷ Le juge considère que « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale" ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* ». Cons. Const., décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. p. 116. Dans le même sens, voir par exemple Cons. Const., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72.

⁵⁸⁸ Cons. Const., décision du 21 avril 2005 précitée.

⁵⁸⁹ Au sujet de l'article 32 de la Constitution qui « *n'entre pas dans les dispositions constitutionnelles immédiatement prescriptives, réclamant en plusieurs points l'intervention du législateur* ». Voir CIOLLI (I.), « La tutela dei diritti sociali in Francia e in Italia », *Studi in onore di G. Ferrara*, Vol II, 2005, Giappichelli, p. 19, spécialement p. 34, note 81. L'auteur cite DEFFENU (A.), « *Alcuni casi (controversi) di applicazione diretta della Costituzione: i giudici di fronte al «giusto processo»* », in MALFATTI (E.), ROMBOLI (R.), ROSSI (E.), (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 453.

Le cas échéant, dans l'hypothèse d'une énonciation générale, le législateur doit intervenir afin d'en préciser le sens. Ces interventions législatives, vouées à préciser un énoncé pour en permettre l'application, sont donc un signe de dégradation de la prescription. Une disposition non applicable du fait de son imprécision est dépourvue de caractère prescriptif. Elle est donc sans normativité⁵⁹⁰. Au contraire, les dispositions directement applicables sont considérées comme étant prescriptives et, de ce fait, revêtues de la normativité. Cette conception implique alors que les dispositions programmatiques d'application différée ne sont pas normatives. Autrement dit, d'après cette approche matérielle, lorsque seule une fin est programmatiquement établie par l'énoncé, l'imprécision de cette formulation prive l'énoncé d'une place au rang des normes juridiques⁵⁹¹. Sacrifiées sur l'autel du consensualisme⁵⁹², la « généralité [des dispositions programmatiques] en ferait des normes inachevées, larvaires, en attente d'un développement ultérieur et hypothétique »⁵⁹³.

Toutefois, cette conception matérielle de la normativité échoue à rendre compte de la réalité juridique. Elle est, en cela, inadaptée. La généralité de la disposition constitutionnelle programmatique ne devrait pas se poser en obstacle à la reconnaissance de sa normativité.

B – La normativité matérielle, une conception inadaptée aux nouvelles exigences constitutionnelles

Si la normativité matérielle se base sur le caractère prescriptif lié à la précision de l'énoncé, les contours de ce critère restent incertains et l'appréciation de son existence est marquée par une trop

⁵⁹⁰ Contrairement aux énoncés programmatiques, une disposition normative posséderait une détermination suffisante pour être appliquée. La normativité est, ici, liée au fait que la disposition a un « sens précis ». MORTATI (C.), « Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali », *La Costituzione della Repubblica, Cinquant'anni di discussioni, critiche, giustificazioni*, ORNAGHI (L.), (sous la direction de), Milan, 1996, p. 66 et 67. Dépourvues de charge normative, les dispositions programmatiques correspondraient seulement à des « finalités assez générales ». HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 29^{ème} éd., LGDJ, coll. « Manuels », 2005, p. 840. Elles ne seraient que des « orientations ». LUCHAIRE (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 675 et s.

⁵⁹¹ BOUMGHAR (M.), *Une approche de la notion de principe dans le système de la convention européenne des droits de l'homme*, 2006, Thèse version dactylographiée. En ce sens, pour l'auteur « un énoncé qui établirait de manière programmatique des buts à atteindre ne se verrait pas ainsi reconnue la "dignité" de norme juridique », p. 49 et s.

⁵⁹² Voir notre développement sur l'enjeu politique des normes constitutionnelles programmatiques.

⁵⁹³ BOUMGHAR (M.), *op. cit.* De cette manière, « leur force prescriptive et, a fortiori, sanctionnatrice serait ainsi nulle ». *Ibid*, citant MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 325-329, p. 289 et s. Dans le même sens, au début du XX^{ème}, A. Esmein considérait que « tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la Constitution, ne peut être exercé, il reste là comme une simple promesse ». ESMEIN (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^{ème} éd., 1914, réée. Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 562.

grande part de subjectivité (1). Ce qui démontre la nécessité de trouver un critère plus pertinent pour pouvoir fonder la normativité (2).

1 - La prescription, une notion incertaine

Communément, une prescription correspond à « *un ordre formel et détaillé qui énumère ce qu'il convient de faire* »⁵⁹⁴. Nous savons qu'on identifie classiquement le caractère prescriptif de l'énoncé lorsque la formulation de celui-ci est suffisamment précise pour déterminer une obligation, une interdiction ou une permission⁵⁹⁵ et pour prévoir une sanction d'un acte non conforme. Dans chacun de ces cas, l'énoncé au langage prescriptif est dit normatif⁵⁹⁶.

C'est ainsi que, des deux côtés des Alpes, la doctrine, tout comme les juges, ont déprécié les dispositions constitutionnelles programmatiques, accusant leur imprécision, leur « *formulation indéterminée* »⁵⁹⁷, de les reléguer à de simples slogans politiques. Ils leur refusaient de ce fait le sceau de la normativité réservée aux seules normes prescriptives, c'est-à-dire aux normes dont la formulation est suffisamment déterminée pour que le juge puisse les appliquer directement en contentieux⁵⁹⁸.

Toutefois, la pertinence du critère de la précision est affectée à plusieurs titres. D'abord, par la subjectivité dont reste largement tributaire l'appréciation qu'en fait le juge. La doctrine a d'ailleurs parfois préféré remplacer les références faites à ce critère - telle que « *dispositions constitutionnelles ayant un caractère moins précis* »⁵⁹⁹, « *principes faiblement déterminés* »⁶⁰⁰, « *dispositions [...] ayant un caractère moins précis* »⁶⁰¹ - par des expressions telles que disposition à « *dimension programmatique* »⁶⁰², dans lesquelles le critère de la précision n'apparaît pas. En effet, « *le caractère précis ou imprécis de la norme étant insusceptible de critère objectif, ne peut être connu a priori* »⁶⁰³. Si bien que les juges ont parfois refusé d'appliquer en contentieux certaines dispositions constitutionnelles qu'ils avaient reconnues

⁵⁹⁴ La définition est tirée du Dictionnaire Larousse.

⁵⁹⁵ Le caractère prescriptif du droit a fait l'objet de nombreuses études. Citons simplement à titre d'exemples, la conception impérativiste de J. Bentham qui développe une théorie du droit comme commandement, et celle de H. Kelsen qui élabore la théorie de l'ordre de contraintes.

⁵⁹⁶ GUASTINI (R.), *Il diritto come linguaggio, lezioni, op. cit.*, p. 7 et s.

⁵⁹⁷ BISCARETTI DI RUFFIA (P.), « Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione italiana », *Foro pad.*, 1950, II, p. 141 et s.

⁵⁹⁸ CIOLLI (I.), « La tutela dei diritti sociali in Francia e in Italia », *op. cit.*, p. 34, note 81.

⁵⁹⁹ RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^{ème} République », *RDP*, 1984, p. 594.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ CLAPIÉ (M.), *De la consécration des principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse, Lille 3, sous la direction de J.-L. Autin, 1992, p. 169.

comme étant programmatiques du fait de leur imprécision, alors qu'à d'autres moments, ils considéraient au contraire qu'il n'existe pas de « *formulation plus précise* » que ces mêmes dispositions⁶⁰⁴. Comme le soulignent en France et en Italie certains auteurs tels que M. Clapié et S. Presta, lier la normativité au degré de précision des énoncés peut donc favoriser les jugements contradictoires et l'arbitraire de l'identification du caractère programmatique des dispositions constitutionnelles⁶⁰⁵.

Ensuite, la pertinence du critère de l'imprécision est remise en cause par le fait que certaines normes, bien qu'énonçant avec précision un comportement à suivre, ne sont pas considérées comme des normes juridiques. Elles ne permettent pas de contrôler la légalité d'un acte ni de le sanctionner si besoin est. C'est le cas par exemple en France des recommandations des autorités administratives indépendantes. Il en est ainsi par exemple des recommandations de la Halde⁶⁰⁶. Le Conseil d'Etat juge en effet qu'elles ne constituent pas en elles-mêmes des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁶⁰⁷. Elles ne sont pas contraignantes et, par conséquent, leur application n'est pas obligatoire. Si bien que les recommandations de la Halde en particulier, et de toute autorité administrative indépendante en générale, n'ont pas de portée impérative et ne constituent pas des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ces recommandations, bien qu'étant précises, ne constituent pas des étalons de mesure justifiant la sanction d'un comportement qui ne serait pas en conformité avec elles. La précision peut donc être sans conséquence sur la normativité.

Enfin, inversement, parce que certaines normes, bien qu'énonçant de manière imprécise un comportement à suivre, sont des normes juridiques. En cela, elles permettent de mesurer la conformité d'un acte au regard de ce qu'elles prévoient. C'est le cas des standards - tels que celui de « bon père de famille » ou bien celui de « bonnes mœurs » - souvent utilisés en droit. Dans ce cas, « *le flou de la norme de comportement ainsi exprimée n'empêche pas cette règle de fournir au juge une norme de jugement tout à fait efficace en termes de contrôle de la légalité des*

⁶⁰⁴ Par exemple, la Cour de cassation italienne a qualifié l'article 21 de la Constitution de programmatique dans sa décision du 15 juillet 1950. Cass. pen., 15 juillet 1950 cité in PRESTA (S.), « Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta », *op. cit.*, p. 367. Alors que par la suite, comme le précise S. Presta, la jurisprudence judiciaire italienne considère que « *de toute évidence [...] l'article 21 n'exprime pas une norme programmatique* » car il n'y a pas de « *formulation plus précise* » que celle de cet article. Trib. Roma, 24 octobre 1950 et Trib. Roma, 27 août 1951, *Sinossi giur.*, art. 21.

⁶⁰⁵ PRESTA (S.), *op. cit.*, p. 361 et s. Sur ce point, voir nos développements de la première partie. CLAPIÉ (M.), *op. cit.*, p. 169.

⁶⁰⁶ Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

⁶⁰⁷ CE, 13 juillet 2007, Société Editions Tissot, n° 294195.

décisions et des conventions »⁶⁰⁸. L'imprécision peut donc être sans conséquence sur la normativité.

Il résulte de cela le fait que l'imprécision de la formulation ne semble pas devoir exclure systématiquement la normativité de l'énoncé. De même, sa précision ne l'implique pas automatiquement. Ce qui illustre l'ambivalence qui grève la notion de normativité et, plus particulièrement, la difficulté à déterminer ce qui est normatif et ce qui ne l'est pas.

Relier la normativité à la prescription, c'est avoir une approche purement déontique de la notion. Basé sur le critère matériel, ce raisonnement, trop « simple » en apparence pour rendre compte de la réalité normative, doit être nuancé. Effectivement, la seconde moitié du XX^{ème} siècle témoigne non seulement d'une « inflation des normes », mais aussi d'une diversification des catégories normatives (les directives communautaires et administratives, les plans en urbanisme, les lois de programme...). Depuis cette époque, la norme connaît des changements qualitatifs qui manifestent ce que l'on a appelé le *soft law*⁶⁰⁹. Or, dans ce contexte, les caractéristiques qui permettent d'identifier ce qui relève du prescriptif ne sont pas évidentes à déterminer. Le fait que le droit connaisse de plus en plus le « phénomène de reflux des prescriptions dans la production juridique »⁶¹⁰ n'est certainement pas étranger à cela. La précision de l'énoncé et la sanction qui est ainsi prévue sont autant d'éléments qui constituent une sorte de faisceau d'indices pour identifier l'élément prescriptif. Néanmoins, ce ne sont que des indices. Certains peuvent d'ailleurs ne pas être considérés comme tels. C'est le cas de la sanction, critère qui est par exemple remis en cause par D. de Béchillon⁶¹¹.

Les normes juridiques sont dorénavant marquées par la diversité dont la forme programmatique fait partie. Cette diversité rend plus complexe la distinction entre le domaine du normatif et celui du non normatif. À tel point que ce travail d'identification serait presque devenu impossible, « le

⁶⁰⁸ MEKKI (M.), « Propos sur le droit souple », *Le droit souple*, Dalloz, 2009.

⁶⁰⁹ Le « *soft law* » est une notion d'origine anglo-saxonne répandue en droit international public. DUPUY (R. J.), *Droit déclaratoire et droit programmatique, de la coutume sauvage à la « soft law »*, *l'élaboration du droit international public*, Paris, Pédaone, 1975. Le dictionnaire du droit international publié sous la direction de J. Salmon nous livre les éléments suivants de définition du *soft law*. Cette expression désigne « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes ». *Dictionnaire du droit international*, sous la direction de SALOMON (J.), Bruylant, 2001. Sur la notion, voir aussi CAZALA (J.), « Le rôle du *soft law* dans l'interprétation du droit international », www.analedrept.utm.ro; CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 35, 2003 ; THIBERGE (C.), « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDCiv*, 2003, p. 599 et s.

⁶¹⁰ AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *op. cit.*

⁶¹¹ Sur la sanction de la règle de droit et la possible remise en cause de ce critère, voire de BECHILLON (D), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997.

critère faisant défaut »⁶¹². C'est pourquoi l'identification du caractère normatif doit se baser sur un autre critère que le seul critère matériel, trop controversé.

2 - La nécessité d'un autre critère

Pour les tenants de l'approche matérielle de la normativité, la disposition constitutionnelle programmatique devrait être exclue du droit, afin de ne pas être une cause de sa dégradation. Pourtant, l'acceptation du normatif doit évoluer en harmonie avec l'évolution même de l'État. Restreindre la normativité à sa seule conception matérielle revient à réfuter la capacité évolutive du droit. C'est aussi rejeter une vérité, celle d'un contexte de crise. Car logiquement, la mutation du système juridique fait écho à celle de la société⁶¹³.

Or, si hier, le principe était la réglementation, aujourd'hui il est de plus en plus question de régulation. La gouvernance remplace peu à peu le gouvernement⁶¹⁴. En même temps, les commandements qu'énoncent les dispositions juridiques s'assouplissent. Cette formulation de programmes dans les textes juridiques caractérise alors pour certains, dont P. Amselek, la « *direction juridique non autoritaire des conduites* »⁶¹⁵. Sans dire que l'énoncé programmatique est entièrement privé d'autorité, ce type de formulation illustre au moins l'apparition d'un droit moins prescriptif, lié à l'interventionnisme étatique. D'un droit dont la prescription est en quelque sorte plus « discrète ».

Avec ces programmes, l'État ne cherche plus uniquement à encadrer les comportements, il vise aussi à atteindre des objectifs. C'est pourquoi le caractère prescriptif des dispositions constitutionnelles ne peut plus servir à lui seul de condition à la reconnaissance de la normativité d'un énoncé. En effet, l'État gendarme est devenu État providence, voire, parfois, État négociateur lorsqu'il participe, en tant qu'acteur parmi d'autres qui appartiennent à la société civile, au service d'un programme. En ce sens, il n'ordonne plus, il indique les objectifs à suivre afin de favoriser les négociations des partenaires sociaux dans un but de cohérence des fins poursuivies. C'est dans

⁶¹² MOLFESSIS (N.), « La distinction du normatif et du non normatif », *RTDCiv*, 1999, p. 729, spécialement p. 734.

⁶¹³ Le XXI^{ème} siècle est celui de la gouvernance, terme peut-être autant à la mode qu'obscur. Il s'agit d'optimiser l'efficacité d'actions et d'adhésions. Pour cela, la gouvernance appelle à des techniques de coordination et non plus de commandement. C'est « *en contrepoint de la notion mieux connue de "gouvernement" que se dégage le concept de "gouvernance" : alors que le premier s'entend d'une institution, la seconde vise un processus* ». MEKKI (M.), « Propos sur le droit souple », *op. cit.*, p. 19, note 107.

⁶¹⁴ CHEVALLIER (J.), *op. cit.* ; Du même auteur, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659 et s.

⁶¹⁵ AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 129.

cet État dit « post-moderne »⁶¹⁶ que se développe le « droit souple » constitué de ce que certains appellent des normes « faibles »⁶¹⁷. Or, les programmes constitutionnels, du fait de leur formulation imprécise et de leur aptitude à répondre au besoin d'adaptabilité du droit⁶¹⁸, manifestent clairement ce phénomène d'assouplissement du droit.

Il est alors possible d'associer l'avènement de la forme programmatique dans les textes juridiques, à la transformation progressive de l'État en une autorité de plus en plus « managériale ». Cette transformation ne se retrouve pas uniquement dans la Norme constitutionnelle, elle concerne aussi la loi. C'est le cas lorsque l'efficacité de celle-ci ne dépend plus uniquement de son énoncé prescriptif, mais nécessite aussi le soutien de l'autorité publique et des destinataires⁶¹⁹ des politiques publiques. Cela se vérifie d'autant plus lorsque la complexité de certains secteurs d'activités rend difficile pour l'État de définir les normes capables de les réglementer. L'élaboration des règles de mise en œuvre des lois ne peut alors exclure la participation ni de l'autorité publique, ni de ses destinataires. C'est pourquoi, dans ce cas, les lois énoncent les programmes qu'elles poursuivent, les buts qu'elles visent⁶²⁰.

Dans ce contexte changeant du droit, la diffusion des énoncés programmatiques dans le droit joue sur la teneur de la normativité. Ces derniers se retrouvent en effet dans diverses branches du droit et à tous les niveaux dans la hiérarchie des normes : si les dispositions programmatiques existent dans la Constitution, elles sont aussi présentes dans la loi⁶²¹, dans les textes internationaux⁶²². Pour certains, ce mouvement « *est porteur d'un nouveau droit, donc de nouveaux contrôles. Un nouveau droit, cela est certain, un droit qui cesse d'être vérité révélée, droit transitif et monologique, pour, au contraire, devenir réalité négociée, droit intransitif et dialogique* »⁶²³. Le

⁶¹⁶ CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 659.

⁶¹⁷ DE MONTALIVET (P.), « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », *Les objectifs dans le droit, op. cit.*, p. 56.

⁶¹⁸ Voir nos développements de la première partie.

⁶¹⁹ Par exemple, les groupes d'intérêts, les associations, les collectivités territoriales.

⁶²⁰ C'est le cas de la loi sur le littoral. Celle-ci formule « *des objectifs qui signent en même temps l'incapacité du législateur à réglementer la complexité de l'ensemble des situations réelles que devrait viser cette loi* ». Dès lors, « *le législateur opère un changement radical de la structure du droit [...] marqué par le passage d'une structure bipolaire fondée sur l'articulation de la règle générale et du cas particulier à une structure managériale tripartite fondée sur la distinction objectifs, moyens, évaluation* ». BRISSON (J.-F.), « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », *Les objectifs dans le droit, op. cit.*, p. 39.

⁶²¹ C'est par exemple le cas de la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement. Loi n° 2009-967, JO 5 août 2009, p. 13031.

⁶²² Les directives communautaires illustrent notamment le type de normes programmatiques de rang international. Par exemple, de la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40 ; ou la directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225 du 12 août 1998, p. 16.

⁶²³ BELLOUBET-FRIER (N.), « Conclusions », *Les administrations qui changent*, TIMSIT (G.), CLAISSE (A.) et BELLOUBET-FRIER (N.) (sous la direction de), PUF, coll. « Politique aujourd'hui », 1996, p. 230, cité in CAILLOSSE (J.), « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'"objectifs" », *op. cit.*, p. 20.

caractère programmatique de la norme constitutionnelle est ainsi un facteur d'adaptation du droit car, à travers lui, la norme renvoie aux autorités normatrices inférieures le soin de l'adapter à la réalité complexe et évolutive. Ce que ne permet pas de faire une conception de la normativité limitée à sa seule approche déontique. C'est pourquoi, il paraît aujourd'hui difficile de différencier les dispositions normatives de celles dépourvues de normativité sans prendre en considération un autre élément que celui de leur caractère prescriptif.

Cette difficulté s'atténue lorsque l'on considère la normativité non plus comme un état de fait, mais comme un processus, celui de l'accès à la normativité par certains énoncés. Ce processus renvoie à l'idée de gradation, celle de la normativité de l'énoncé. C'est-à-dire de son aptitude à prescrire, sa fonction. Une norme vise en effet à « *agir sur les comportements sociaux* »⁶²⁴ car elle « *indique les règles à observer* »⁶²⁵. C'est pourquoi la normativité d'un énoncé résulte de sa précision mais aussi de sa fonction. Or, la particularité de la norme juridique réside en ce qu'elle est susceptible de réunir deux types de fonctions : celle de guide et celle de contrôle. Selon les cas, son intensité normative sera plus ou moins forte. Il existerait donc une sorte d'« échelle de normativité ». Autrement dit, il ne s'agirait plus d'appréhender les programmes constitutionnels comme des énoncés chargés ou dépourvus de normativité, mais d'envisager la normativité de ces dispositions en termes d'intensité. C'est-à-dire, en termes de force normative⁶²⁶.

§ 2 – L'ajout de l'approche fonctionnelle de la normativité : la reconnaissance de la force normative des normes constitutionnelles programmatiques

L'appréciation de l'existence du critère matériel, parce que trop subjective, ne permet pas de distinguer clairement ce qui relève du normatif de ce qui en est exclu. C'est pourquoi, il ne s'agit plus de distinguer entre les énoncés normatifs et les autres, mais de faire le départ entre les dispositions constitutionnelles en fonction de leur intensité normative. Dans ce cas, la normativité

L'auteur poursuit en précisant qu' « *Ainsi conçu, [ce droit] dégage de larges espaces d'autonomie pour le juge puisqu'il se présente non plus comme l'application spécifique de règles générales et abstraites mais comme de simples objectifs ou valeurs qui doivent guider l'acteur compétent dans les choix auxquels il est confronté* ».

⁶²⁴ CHEVALLIER (J.), « La normativité, Etudes et doctrines », CCC, n° 21.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ THIBIERGE (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009. Du même auteur, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règle de droit », *APD*, 2008, Tome 51, p. 341 et s. Les normes constitutionnelles programmatiques indiquent au législateur les orientations à suivre en cohérence avec un but à réaliser. Pour reprendre les mots de C. Thibierge, ces normes revêtent en cela la fonction du « *tracé* » - autrement dit d'orientation - inhérente au registre du normatif. Pour l'auteur, « *un article purement proclamatoire peut, à sa manière, fournir une référence pour l'action, et constituer un instrument du tracé* ». C'est pourquoi il semble que « *ce [ne soit] donc pas tant son énoncé, sa formulation mais sa fonction qui peut en faire une norme. Et celle-ci peut se révéler avec le temps et l'usage* ». En outre, la norme juridique procure aussi un modèle qui permet de vérifier la légalité de l'action entreprise. En ce sens, elle revêt une fonction de « *mesure* ». THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme... », *op. cit.*

correspond plus à un *processus* (celui, pour un énoncé, d'accéder à une normativité plus ou moins forte) qu'à un état (celui d'être normatif ou de ne pas l'être). C'est dans ce processus que se détermine la force normative. Celle-ci dépend de la fonction de la norme et sera, à ce titre, plus ou moins intensive suivant que la norme guide ou contraint.

Cette façon de penser la normativité en termes de gradation a été adoptée par la doctrine française et italienne. Dans la péninsule, la doctrine a très vite consacré cette conception. Ainsi, par exemple, dès les années cinquante, V. Crisafulli estime qu'au regard de leur fonction, les programmes constitutionnels ne se distinguent pas des actes normatifs (A). C'est le cas aussi, en France, où, récemment C. Thibierge a consacré un ouvrage sur le sujet, auquel de nombreux juristes français ont participé⁶²⁷. Les normes, bien qu'imprécises, peuvent tout de même être dotées de normativité puisque celle-ci s'entend de manière graduelle (B). Appréhender la normativité à travers la fonction de la norme permet alors de reconnaître valeur normative aux dispositions constitutionnelles programmatiques faiblement prescriptives.

A - L'absence de distinction entre la fonction des programmes constitutionnels et la fonction d'un acte normatif

L'œuvre du juriste italien V. Crisafulli contribue à justifier le dépassement de cette sorte de « *carence constitutionnelle* »⁶²⁸ qui touchait la Charte italienne. Pour l'auteur, lier la normativité des dispositions constitutionnelles programmatiques à un critère matériel faisait que l'imprécision de ces énoncés amoindrissait leurs effets juridiques. Elle les réduisait finalement à une sorte « *de quelque chose* »⁶²⁹ extérieur au droit. Cela créait une situation qui relevait de « *l'absurde* »⁶³⁰. Au contraire, en cohérence avec l'ensemble de son œuvre, V. Crisafulli considère la Constitution dans

⁶²⁷ THIBIERGE (C.), *La force normative...*, *op. cit.*

⁶²⁸ Sur la notion de « carence » constitutionnelle, voir notamment CALAMANDREI (P.), *La Costituzione e le leggi per attuarla...*, *op. cit.*, p. 87 ; PRESTA (S.), « Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta », *op. cit.*, p. 362.

⁶²⁹ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione...* *op. cit.*, p. 17.

⁶³⁰ *Ibid.* A cette époque, le débat portant sur la reconnaissance des normes programmatiques parmi l'ensemble des normes juridiques fut alimenté par d'autres discussions posant la même interrogation au sujet des principes généraux. Puisqu'il était alors question de réformer les codes, et le code civil en particulier, lequel reposait notamment sur des principes généraux du droit, V. Crisafulli saisit cette occasion pour rapprocher les normes constitutionnelles programmatiques des principes généraux. CRISAFULLI (V.), *La Costituzione...* *op. cit.*, voir aussi du même auteur « Le norme "programmatische" della Costituzione » *op. cit.* Pour l'auteur, ces deux catégories révèlent une configuration sensiblement identique et se rapprochent en termes de fonctions. L'auteur oriente sa thèse autour de quatre préoccupations essentielles : d'une part, l'identification des principes généraux ; d'autre part la connaissance de leur rapport avec les normes juridiques, ce qui soulève la question de la nature des principes ; ensuite, l'étude de leur fonction dans l'ordonnement juridique ; enfin, la détermination du rapport entre ces principes et ceux élaborés par la science juridique. Voir *La Costituzione...* *op. cit.* Du même auteur, voir « Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, p. 186 et s. Une étude récente faite en hommage de V. Crisafulli doit aussi être citée: SIRIMARCO (M.), *Veio Crisafulli. Ai confini fra diritto e politica*, L'ircocervo, Ed. Scientifiche Italiane, 2003.

son ensemble, dans toutes ses parties. Par conséquent, les programmes constitutionnels doivent être intégrés à l'ensemble des normes constitutionnelles, la disposition constitutionnelle programmatique ne devant pas être privée de force normative puisque « *sa nature et sa fonction, qui sont, et ne pourraient pas ne pas être [celles] d'un acte normatif* »⁶³¹ le justifient.

En faisant expressément référence à la « *fonction* » de la norme programmatique, V. Crisafulli s'éloigne de la conception strictement matérielle de la normativité pour lui ajouter l'approche fonctionnelle, moins restrictive. Dans ce cas, il ne s'agit plus de savoir s'il existe ou non un caractère prescriptif de la norme. Il estime d'ailleurs que la prescription n'est pas absente de cette catégorie car, en s'adressant directement à la puissance publique, au législateur particulièrement, ces normes sont prescriptives, ne serait-ce « *au moins pour les organes législatifs* »⁶³². En reconnaissant le caractère prescriptif aux normes constitutionnelles programmatiques, V. Crisafulli remet en question l'opposition jusque-là utilisée par la doctrine et les juridictions ordinaires des « *normes programmatiques* » et des « *normes prescriptives* ». Opposition qui, selon lui, « *exprime une idée juste, mais l'exprime improprement, toutes les normes étant prescriptives* »⁶³³.

Mais, pour l'auteur, la normativité des programmes constitutionnels « *ne dépend pas seulement* » de la prescription qui permettrait d'appliquer ces dispositions. Elle est *aussi* liée à leur fonction et, notamment, celle de déterminer une ligne de développement futur de l'ordonnement juridique. Cette fonction interprétative justifie la normativité. Elle signifie que les normes subordonnées, qui règlent les matières auxquelles font référence les programmes constitutionnels, devront s'interpréter, en cas de doute sur leur signification, dans le sens le plus cohérent par rapport à ces programmes⁶³⁴.

Il n'est donc plus question de normativité strictement matérielle. L'auteur déplace ingénieusement le débat. Selon lui, les normes constitutionnelles programmatiques s'identifient à des normes juridiques certes particulières, mais à des normes juridiques quand même. À la conception matérielle de la normativité, s'ajoute la conception fonctionnelle qui autorise plus de nuances. Clairement, si la prescription reste bien un critère du normatif, elle n'est plus « *le* » critère. Or, parce qu'elle appelle une mise en œuvre législative, cette catégorie de normes sert de modèle d'action pour le développement de la réglementation ultérieure. Elle correspond aussi à un modèle en tant que paramètre de constitutionnalité⁶³⁵. C'est pourquoi, le juriste italien estime que, étant

⁶³¹ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione... op. cit.*, p. 11.

⁶³² CRISAFULLI (V.), « *Le norme « programmatiche » della Costituzione* », *op. cit.*, p. 358 ; *La Costituzione... op. cit.*, p. 52.

⁶³³ *Ibid.*, p. 360.

⁶³⁴ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione... op. cit.*, p. 101 et s.

⁶³⁵ Voir *infra*.

susceptibles de posséder des fonctions semblables à celles des actes normatifs - à savoir guider et contrôler - les dispositions programmatiques sont bien normatives. Par conséquent, « *on ne peut plus parler, dans le droit en vigueur, d'efficacité programmatique (ou directive) en opposition à une efficacité proprement obligatoire, car toute norme constitutionnelle doit être considérée obligatoire à l'égard de tout pouvoir étatique discrétionnaire, y compris le pouvoir législatif lui-même* »⁶³⁶. L'approche fonctionnelle de la normativité rend compte, non plus de l'opposition entre ce qui est normatif et ce qui ne l'est pas, mais plutôt de l'idée d'une graduation de la normativité selon la fonction de la norme.

B - Une normativité graduée selon la fonction de la norme

À travers l'expression de gradation de la normativité, l'idée qu'il existe une différence de degrés dans la nature juridique des énoncés constitutionnels se substitue à celle selon laquelle il y aurait une différence de nature entre les dispositions constitutionnelles. Sous cet angle, il n'est plus question de seuil de normativité, dont l'identification est incertaine et en dessous duquel les énoncés ne seraient pas normatifs. Au contraire, à partir de l'idée d'intensité normative, toutes les dispositions constitutionnelles se trouveraient au-dessus de ce seuil. Les dispositions constitutionnelles auraient donc toutes la même nature juridique. La différence se situerait alors au niveau de leur fonction, c'est-à-dire de leur aptitude à prescrire, ou, dit autrement, de leur force normative.

À l'intérieur du phénomène juridique contemporain qui se caractérise particulièrement par la croissance de la production juridique et de l'hétérogénéité des normes, le normatif diffère de « l'être » ou du « ne pas être » pour s'inscrire dans le « plus ou moins ». Cette idée de gradation de normativité, ou, pour le dire autrement, d'échelle de normativité sur laquelle pourrait évoluer la force normative des normes juridiques, existe déjà en droit international public⁶³⁷. Ainsi, R. J. Dupuy distingue le droit déclaratoire du droit programmatoire qui se situent en dessous du seuil de normativité⁶³⁸ mais qui, sous l'« effet incantatoire » de leur répétition, évolueraient de résolutions non normatives en droit positif⁶³⁹. Cette échelle de normativité implique une certaine graduation des effets juridiques produits par les normes qui peuvent être directs ou indirects, immédiats ou conditionnés par un acte d'intégration de la norme internationale dans l'ordre juridique interne.

⁶³⁶ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione... op. cit.*, p. 19.

⁶³⁷ SUR (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, p. 901 et s.

⁶³⁸ DUPUY (J.-R.), « Droit déclaratoire et droit proclamatoire : de la coutume sauvage à la "soft law" », Colloque SFDI, Toulouse, 1974, Pédone, 1975, p. 132.

⁶³⁹ WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 12.

Rapportée au droit constitutionnel, cette gradation de normativité se justifie par le fait que les normes constitutionnelles programmatiques sont privées d'application directe, s'adressent à une catégorie limitée de destinataires sans déterminer précisément leur conduite. L'idée de gradation liée à la force normative⁶⁴⁰ implique alors la mesure des effets juridiques que produisent les normes. En ce sens, là où « *la normativité est associée dans les discours juridiques aux effets juridiquement obligatoires de la norme, [...] l'expression force normative [...] dépasse ce cadre en embrassant tous les effets de la norme (obligatoire, recommandatoire, influence, guide, etc.)* »⁶⁴¹. Une norme peut effectivement déterminer un comportement d'une manière plus ou moins forte. Elle peut aussi déterminer le comportement de quelques personnes seulement. Le fait que les normes constitutionnelles programmatiques ne visent la conduite que d'une catégorie restreinte et de manière imprécise placerait alors ces normes en bas de cette gradation de normativité. Dans ces conditions, ces normes auraient une valeur normative « *plus réduite* »⁶⁴² que les autres.

En appelant une production normative, les normes constitutionnelles programmatiques s'adressent aux autorités productrices de normes, c'est-à-dire à la puissance publique et, plus particulièrement, au législateur. Par conséquent, s'il est vrai, qu'en principe, ces normes ne déterminent pas le comportement des individus puisqu'elles ne s'appliquent pas à une situation subjective, il est vrai aussi qu'elles déterminent la conduite du législateur. C'est pourquoi, même si ce type de normes ne prévoit pas le comportement de tous les individus mais seulement de quelques autorités, il y a bien là une fonction prescriptive. Plus précisément, les normes constitutionnelles programmatiques sont, en quelque sorte, directement applicables au législateur en « *commandant [son] activité future, en lui prescrivant des finalités déterminées de façon plus ou moins générale* »⁶⁴³. Elles possèdent une fonction d'obligation mise à sa charge de ne pas légiférer en méconnaissant les objectifs qu'elles poursuivent. Il s'agit d'une finalité assignée au législateur. Nous verrons d'ailleurs que la violation de ces normes est susceptible d'être sanctionnée par les juridictions constitutionnelles italienne et française ; ce qui correspond à la fonction de contrôle de la norme⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ H. Picot considère que « *la normativité se constate, la force normative se mesure* ». PICOT (H.), cité in THIBIERGE (C.), « synthèse. La force normative », *La force normative. Naissance d'un concept, op. cit.*, p. 745 et s, spécialement p. 753.

⁶⁴¹ CAZALA (J.), cité in THIBIERGE (C.), *op. cit.*, p. 753.

⁶⁴² BARTOLE (S.), *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 51, cité in PRESTA (S.), *op. cit.* p. 365.

⁶⁴³ CRISAFULLI (V.), *Lezioni di Diritto Costituzionale, Vol. II, « L'ordinamento costituzionale italiano. Tomo I (Le fonti normative)*, Padoue, CEDAM, 1993, p. 179.

⁶⁴⁴ Cons. const. 24 juillet 2003, n° 2003-475 DC, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, Rec.* p. 397. La Cour constitutionnelle italienne reconnaît qu'une norme constitutionnelle programmatique peut fonder une

Par ailleurs, les normes constitutionnelles programmatiques posent avant tout un programme à mettre en œuvre. Elles n'obligent pas le législateur à un résultat particulier. Elles le guident vers un résultat. Peu importe le choix de la manière et du moment pour le faire, le législateur doit prendre des dispositions « *tendant à* »⁶⁴⁵ la concrétisation du programme constitutionnel⁶⁴⁶. Autrement dit, il s'agit d'obligation de moyens que font peser ces normes sur le législateur. La force obligatoire des normes programmatiques est ici moins intense que celle des normes qui posent une obligation de résultat. Elle se justifie par leur caractère finaliste, téléologique, fixant une direction à suivre⁶⁴⁷. Puisque le législateur n'est pas contraint d'obtenir un résultat précis, en prévoyant des objectifs à atteindre, les programmes constitutionnels déterminent donc de manière souple la conduite des pouvoirs publics ; ce qui correspond à la fonction de guide des normes constitutionnelles programmatiques.

Par conséquent, selon que la norme détermine la conduite de tous ou seulement de certains, la prescription sera forte ou, au contraire, faible. De même, selon que la norme possède la fonction de contrôle ou seulement celle de guide, elle déterminera strictement ou seulement de manière « souple » les comportements à adopter ; son degré de force obligatoire sera ainsi plus ou moins élevé.

Dès lors, les normes constitutionnelles programmatiques semblent devoir se situer en bas de l'« échelle de normativité ». Toutefois la graduation de normativité implique l'idée d'évolution de la force normative⁶⁴⁸. Par exemple, concernant les programmes constitutionnels prévus par le Préambule de la Constitution française de 1946, les constituants de 1946 ne pouvaient imaginer ce qu'est devenu, plus de soixante ans après, ce texte qui aurait pu disparaître en 1958. C'est au vu de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire ainsi que des interventions législatives de concrétisation que la force normative de ce type de normes doit s'appréhender.

déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative qui la méconnaîtrait. *Corte cost, sent.* n° 1 de 1956 précitée.

⁶⁴⁵ Cons. const. 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121.

⁶⁴⁶ La Cour constitutionnelle italienne laisse à la discrétion du législateur le choix du quand et du comment mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique. PIZZORUSSO (A.), « Le contrôle de constitutionnalité sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire », *AJIC*, 1986, p. 35 et s.

⁶⁴⁷ Pour G. Burdeau, il n'y a pas de distinction liée à la nature juridique des dispositions constitutionnelles, il n'y a que des différences qui reposent sur le « degré de force obligatoire » de chacune de ces dispositions. Les dispositions programmatiques, que G. Burdeau nomme « dispositions programmes », n'auraient pas la force obligatoire propre au droit positif mais seraient tout de même des dispositions prescriptives. Elles correspondent à des « *prescriptions qui, déterminant le finalisme de l'institution étatique, fixent un programme au législateur* ». BURDEAU (G.), *Traité de science politique, Tome 3, La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1973, p. 130 et s.

⁶⁴⁸ Pour J. Cazala, « *alors que la normativité décrit une qualité objective des normes, qui existe à un moment donné, la force normative questionne la destinée des normes, leur effectivité par rapport à leur objet* ». CAZALA (J.), *op. cit.* p. 754.

Parler d'« échelle de normativité » permet dès lors d'apprécier l'évolution de la teneur normative d'un énoncé, en l'occurrence des dispositions constitutionnelles programmatiques⁶⁴⁹. C'est-à-dire, le fait pour les normes constitutionnelles programmatiques de gagner en force normative, ou, inversement, de tendre vers la désuétude en perdant de cette force⁶⁵⁰. Autrement dit, si l'on considère le droit comme ce qui est pourvu de normativité à un instant précis, ces normes restent des normes « faibles » puisqu'elles sont liées au travail législatif pour pouvoir être appliquées. Mais si l'on considère le droit comme un processus normatif, les conclusions diffèrent. Dans ce cas, le processus évolue à mesure que les règles sont produites pour mettre en œuvre le programme constitutionnellement prévu. Ces règles accroissent progressivement la force normative de ces normes⁶⁵¹. Ce qu'illustrent particulièrement les normes constitutionnelles programmatiques relatives au droit à l'environnement en France et au droit à la santé en Italie. Ces normes - que l'on sait programmatiques - initialement considérées comme simplement déclaratoires, sont dorénavant non seulement saisies par le droit, mais aussi pourvues de justiciabilité⁶⁵². Elles sont inscrites dans une gradation de normativité qui augmente au rythme des utilisations qu'en font les juges, de leur réception par leurs destinataires, de leur aura quant à leur légitimité.

Il résulte de ce qui précède qu'à la force normative faible correspond une norme qui, déterminant de manière imprécise une conduite à suivre, guide plus qu'elle impose. En revanche, à une force normative forte correspond une norme à la prescription forte qui oblige. Dans ces conditions, quand bien même seule la fonction de recommandation serait reconnue aux programmes constitutionnels, ces énoncés sont normatifs. Et si des doutes sur la valeur normative des

⁶⁴⁹ C. Thibierge parle de « *densification d'un instrument du tracé en instrument de mesure* ». THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme... », *op. cit.*, p. 341.

⁶⁵⁰ GROS (M.), *op. cit.*, p. 426 et s. L'auteur évoque la normativité des principes environnementaux que l'on sait pouvoir relever des normes constitutionnelles programmatiques. A ce titre, il esquisse une théorie suivant laquelle ces principes sont placés « *sur un axe croissant de la normativité* ». Il donne comme degrés graduels : « *le premier [qui] est celui du projet* » et qui se rapporte à l'affectif ; le « *deuxième degré de la normativité, celui du principe* » appelle un consensualisme suffisant et, partant, relève du politique. Avançant toujours sur cet axe, « *le stade de la norme suppose l'entrée dans la sphère juridique et un minimum d'effets normatifs, à tout le moins théoriques* ». Le degré de normativité suivant renvoie à l'opposabilité de la norme, c'est le degré qui signifie le « *passage au stade de "droit", au sens de droit subjectif* », stade optimum ou la norme peut servir de moyens d'annulation en cas de contentieux.

⁶⁵¹ Comme l'énonce M.-A. Frison-Roche « *si l'on se représente le système juridique comme un ensemble statique de règles techniques coordonnées, la question des objectifs, des fins, des visées, d'une part, n'est pas proprement juridique mais relève plutôt et notamment de l'art législatif, d'autre part, ne produit pas d'effets particuliers, surtout pas contraignants. Mais si l'on adopte du droit une conception systémique et dynamique, lequel se fonde sur les objectifs, qui lui fournissent sa normativité et vers lesquels se déploient d'une façon maximale les règles juridiques instrumentalisées, les fins poursuivies deviennent l'objet premier du pouvoir juridique et ce en quoi la normativité est la plus forte* ». FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANÈS (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361, s. cité par MEKKI (M.), *op. cit.*, p. 6.

⁶⁵² Voir nos développements précédents relatifs à la possibilité pour les normes constitutionnelles programmatiques d'être des fondements de droits subjectifs.

programmes constitutionnels persistent, l'adoption de la conception formelle ne peut que confirmer ce qui vient d'être avancé et revêtir définitivement ces programmes de la charge normative.

SECTION 2

L'APPROCHE FORMELLE DE LA NORMATIVITÉ : L’AFFIRMATION DE LA NORMATIVITÉ DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS

C'est définitivement la conception formelle de la normativité qui paraît pouvoir nous convaincre de la valeur normative des programmes constitutionnels. Il faut comprendre par là que la source de ces programmes est l'élément qui leur procure la normativité. La formulation programmatique des énoncés constitutionnels ne devrait donc pas influencer sur la possibilité de leur reconnaître la normativité. Le fait que ces normes ne soient pas d'application directe et que l'opposabilité des droits qu'elles garantissent dépende d'une norme de concrétisation n'influe pas sur leur caractère normatif. Comme l'expose A. Vidal-Naquet, « *subordonner le caractère normatif de dispositions constitutionnelles à l'intervention législative repose sur un raisonnement logique fallacieux. Estimer que la valeur juridique de ces dispositions est nulle, c'est considérer que la valeur ne peut être conférée que par la norme qui est chargée de la mettre en œuvre. Or, soutenir que la norme inférieure donne sa valeur juridique à celle qui lui est supérieure aboutit à une construction du droit par degrés inversés* »⁶⁵³.

Il s'agit, ici, de rendre compte du fait que la programmaticité de certaines dispositions constitutionnelles n'emporte pas véritablement de conséquence sur leur valeur normative puisque tous les énoncés constitutionnels sont normatifs (§1). En revanche, les énoncés programmatiques qui ne sont pas expressément prévus par le texte constitutionnel ne semblent généralement pas pouvoir être reconnus comme des énoncés normatifs (§2).

1 § - Une normativité reconnue à l'ensemble des dispositions constitutionnelles, y compris programmatiques

La Cour constitutionnelle italienne (A) et le Conseil constitutionnel français (B) ont reconnu valeur constitutionnelle à l'ensemble des dispositions constitutionnelles. Ainsi, ces Hautes juridictions ont, l'une après l'autre, affirmé la normativité de tous les énoncés présents dans la Constitution italienne et la Constitution française, indépendamment de leur caractère programmatique. C'est pourquoi, la « programmaticité » ne doit pas être vue comme le critère servant à récuser systématiquement l'existence de la normativité d'un énoncé.

⁶⁵³ VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, Ed. Panthéon-Assas, 2007, p. 62.

A- La normativité reconnue aux programmes de la Constitution italienne

Dès sa première décision, le juge constitutionnel italien éclaire sur la manière de lire l'ensemble des dispositions prévues par la Constitution en affirmant la normativité des énoncés programmatiques.

En l'espèce, la Cour avait à apprécier la constitutionnalité d'une norme antérieure à la Constitution. Il s'agissait de l'article 113 du Texte unique de la loi sur la sécurité publique de 1931⁶⁵⁴ relatif à la distribution de la presse sur la voie publique⁶⁵⁵. Or, pour le gouvernement, cette disposition méconnaissait l'article 21 de la nouvelle Constitution relatif à la liberté de la presse.

Derrière cette contradiction, deux problématiques, d'ordre beaucoup plus général, dépassant ce seul cas d'espèce, allaient devenir le cheval de bataille de la doctrine italienne : la Cour constitutionnelle devait se prononcer, d'une part, sur le devenir des normes antérieures et contraires à la Constitution, d'autre part, sur l'efficacité des dispositions constitutionnelles selon qu'elles appartiennent aux dispositions programmatiques ou, au contraire, aux énoncés prescriptifs de la Constitution. Il s'agissait, finalement, pour le juge, de se prononcer sur la normativité des énoncés constitutionnels programmatiques.

Il ressort des mémoires présentés à la Cour⁶⁵⁶ que, pour l'*Avvocatura dello Stato*, la distinction entre norme prescriptive et norme programmatique ne repose pas sur un critère valable. Selon lui, les normes programmatiques « *sont elles aussi prescriptives mais seulement pour le législateur, et à partir de là, pour la Cour constitutionnelle* » à qui il revient de vérifier la conformité de la production législative aux dispositions constitutionnelles.

Pour d'autres, tels que A. Battaglia et C. Mortati, les normes constitutionnelles programmatiques « *n'existent pas seulement pour le législateur, mais aussi pour la Cour constitutionnelle ..., pour*

⁶⁵⁴ La loi n° 773 sur la sécurité publique du 18 juillet 1931.

⁶⁵⁵ Cette loi, née dans un climat de dictature, apparaît à V. Crisafulli comme « *cohérente avec les critères antilibéraux de ce régime* » car l'article 113 subordonne la publication à une autorisation préalable. CASINI (L.), « *La prima sentenza della Corte costituzionale : le memorie processuali* », *RTDPub.*, 2006, n° 1, p. 13 et s. De cette manière, cette disposition de loi soumet automatiquement la presse à une véritable censure. Or, l'article 21 alinéa 2 de la Constitution italienne exclut implicitement toute sorte d'habilitation ou de censure. Le cas échéant, le principe prévu à l'alinéa 1^{er} du même article deviendrait illusoire et le droit de manifester librement sa propre pensée à travers la presse fortement minimisé.

⁶⁵⁶ Quatre mémoires ont été présentés à la Cour constitutionnelle : celui de l'*Avvocatura dello Stato* ainsi que les mémoires de C. Mortati et A. Battaglia, de V. Crisafulli et de G. Vassalli, et enfin de F. Mazzei. CASINI (L.), *op. cit.* Selon la manière dont la Cour choisirait d'interpréter la Constitution, elle orienterait dans un sens plutôt qu'un autre non seulement le contrôle de constitutionnalité, mais aussi, par extension, l'évolution de l'ensemble de « *l'ordonnement juridique, les développements à venir du droit italien et par conséquent le futur de notre pays tout court* » avertissait F. Mazzei. L'*Avvocatura dello Stato* s'est employé à défendre la norme de 1931. A. Battaglia et C. Mortati soutenaient la possibilité de contrôler la constitutionnalité de cette norme. Quant à V. Crisafulli et G. Vassalli, ils évoquaient plus particulièrement l'efficacité juridique de la norme programmatique et, par conséquent, l'inconstitutionnalité de l'article 113 de cette loi

tous les citoyens qui pourront les invoquer et pour tous les juges ordinaires qui devront délibérer »⁶⁵⁷. Cette approche de cette catégorie de normes est donc beaucoup moins restrictive que celle soutenue par *l'Avvocatura dello stato*. En effet, non seulement ces normes s'imposent à l'autorité législative, mais elles sont aussi invocables par les citoyens.

Enfin, à mi-chemin des deux précédentes thèses, G. Vassalli et V. Crisafulli exposent une conception qui sera finalement reprise par la Cour constitutionnelle. Selon eux, les normes constitutionnelles programmatiques doivent s'entendre comme des normes juridiques à part entière. Elles se différencient des autres normes au regard de la structure du précepte qu'elles prévoient et qui vise des fins que doit atteindre le législateur ordinaire. Pour autant, en cas de contraste entre une disposition infra-constitutionnelle et une norme constitutionnelle programmatique, cela doit donner lieu « *sans doute possible* » à une déclaration d'inconstitutionnalité.

Les débats relatifs aux normes antérieures à la Constitution sous-entendent un autre débat impliquant le rôle des institutions, parlementaires comme juridictionnelles, encore réticentes à modifier les textes d'avant-guerre⁶⁵⁸. À cette époque, il s'agissait pour ces institutions de préserver, en quelque sorte, la primauté du Parlement. C'est pourquoi, avec sa première décision, la Cour a saisi l'occasion de s'immiscer entre le pouvoir parlementaire et le pouvoir juridictionnel, « *entre celui qui fait les lois et celui qui est appelé à les appliquer* »⁶⁵⁹. Elle affirme sans équivoque que, même si elle ne peut servir à abroger une loi, une disposition programmatique, à l'instar d'une disposition constitutionnelle directement prescriptive, peut servir de fondement à un contrôle de constitutionnalité.

Par conséquent, tous les énoncés présents dans la Constitution italienne peuvent servir de fondement à la déclaration d'inconstitutionnalité des lois, qu'elles soient antérieures ou

⁶⁵⁷ Voir le mémoire de C. Mortati et A. Battaglia.

⁶⁵⁸ Sur ce point, précisons d'abord qu'avant l'institution de la Cour constitutionnelle, les juridictions ordinaires participaient à la résolution des conflits entre normes ordinaires et normes constitutionnelles. Or, incompétentes pour déclarer l'inconstitutionnalité, seule l'abrogation pouvait permettre à ces juridictions de sanctionner un texte mis en cause. Pour cela, elles avaient scindé les normes constitutionnelles en deux catégories, celle des normes programmatiques et celle des normes prescriptives, seules ces dernières étant susceptibles d'abroger une disposition législative antérieure. Les dispositions programmatiques ne pouvaient donc servir de fondement à l'abrogation. C'est pourquoi, l'attitude des juridictions ordinaires avait eu pour conséquence de laisser en vigueur des dispositions imprégnées du régime autoritaire et en cela contraires à la Constitution. Ce qui créait inévitablement une faille dans l'application de la nouvelle Charte car, pour statuer, non seulement les juridictions pouvaient se servir uniquement de fondements infra-constitutionnels, mais aussi, les lois antérieures à la Constitution ne risquaient pas d'être censurées. Elles devenaient, dans les faits, supérieures à la Constitution faute de procédure capable de les abroger.

⁶⁵⁹ Car la Cour constitutionnelle, « *depuis son institution, doit exercer tous les pouvoirs de contrôle de l'Etat et intervenir chaque fois qu'est établi un détournement, un conflit de compétences, une violation des préceptes constitutionnels, par l'un d'entre eux* ». Voir le mémoire de C. Mortati et d'A. Battaglia.

postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution, dans le cas où elles sont jugées contraires aux préceptes fondamentaux. Avec sa jurisprudence, la *Consulta* a donc bien reconnu la normativité de l'ensemble des dispositions constitutionnelles, qu'elles soient programmatiques ou pas. Il en est de même en France, où la normativité de l'ensemble des dispositions constitutionnelles, y compris des programmes constitutionnels, est avérée.

B - La normativité reconnue aux programmes de la Constitution française

Pour la doctrine française de l'après-guerre, les dispositions constitutionnelles étaient réparties en deux catégories : les dispositions inscrites dans le corps même de la Constitution et les dispositions présentes dans son Préambule. Les énoncés programmatiques étaient inscrits dans cette seconde catégorie. Or, si les dispositions prévues par la Constitution ont valeur constitutionnelle, la question se posait de savoir si le Préambule et les textes auxquels il renvoie étaient, eux aussi, des textes de valeur normative. Sur ce point, la doctrine de l'époque montre des hésitations⁶⁶⁰. Comme l'écrit J. Rivero, « *l'interprétation du préambule n'est pas chose aisée, en effet. La doctrine a souligné son hétérogénéité : à côté de dispositions assez précises pour recevoir une sanction juridique, nombre de formules paraissent trop vagues pour fonder un contentieux de l'inconstitutionnalité* »⁶⁶¹. Les dispositions programmatiques seraient alors à exclure de ce contentieux.

Le Comité consultatif constitutionnel adhérait à cette thèse, considérant que le Préambule de 1958 devait avoir la même valeur que celle du Préambule de 1946. Or, aux termes de l'article 92 alinéa 3 de la Constitution de 1946, le Comité constitutionnel⁶⁶² « *n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres I^{er} à X de la présente Constitution* » lorsqu'une loi est votée. Par conséquent, cette disposition s'opposait à ce que les énoncés programmatiques prévus par le Préambule de 1946 puissent sanctionner le législateur⁶⁶³. Comme l'énonce G. Vedel, « *cela interdisait que le Comité fut saisi d'une violation par le législateur des droits, libertés et*

⁶⁶⁰ Pour une étude détaillée des hésitations doctrinales sur la valeur normative des dispositions inscrites dans le Préambule de la Constitution de 1946, nous renvoyons le lecteur à la thèse de V. Ogier-Bernaud qui consacre un chapitre au sujet. OGIER-BERNAUD (V.), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Thèse, Favoreu (L.) (sous la direction de), PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 2003, p. 71 et s.

⁶⁶¹ RIVERO (J.), « La garantie, par le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois, des libertés proclamées par le préambule de la Constitution », note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *AJDA*, 20 octobre 1971, p. 537 et s, spécialement p. 539.

⁶⁶² Le Comité constitutionnel a été remplacé par le Conseil constitutionnel en 1958.

⁶⁶³ Pour le commissaire du gouvernement R. Janot, « *ni la Déclaration ni le Préambule n'ont, dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle, (...) c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable* ». *Trav. Prép.*, vol. II, p. 254 et s.

principes énoncés par la Déclaration de 1789, par le Préambule et par les lois de la République, pourtant si solennellement gravés au frontispice de la Constitution »⁶⁶⁴

Cependant, il ressort des Textes fondamentaux que, contrairement à la Constitution de 1946, la Constitution de 1958 n'interdit pas expressément au juge constitutionnel de faire référence à une disposition prévue par le Préambule. Il est donc implicitement possible d'invoquer ces énoncés constitutionnels⁶⁶⁵.

En outre, avant la création du Conseil constitutionnel, les juridictions ordinaires ont reconnu valeur normative aux dispositions programmatiques prévues par la Constitution. En atteste leur jurisprudence relative au droit de grève prévu à l'alinéa 7 du Préambule de 1946.

Cette disposition prévoit que le droit de grève « *s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». C'est pourquoi, en l'absence d'intervention législative de réglementation, la question se posait de savoir si cet alinéa 7 pouvait tout de même s'appliquer et produire ses effets. En l'occurrence, le juge devait déterminer d'une part, si faire grève entraînait la rupture des contrats de travail des employés concernés ; d'autre part, si les fonctionnaires pouvaient bénéficier de ce droit.

En 1950, le juge administratif répond par l'affirmative à la seconde question en fondant son raisonnement sur l'alinéa 7 du Préambule⁶⁶⁶. Pour le juge administratif, la programmaticité de cette disposition constitutionnelle n'exclut donc pas sa normativité. Si bien que, depuis cette date, en dépit de quelques hésitations qui ont un temps persisté⁶⁶⁷, le juge administratif utilise les dispositions programmatiques du Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, par exemple, dans sa décision du 19 octobre 2005, le Conseil d'État se fonde directement sur la disposition programmatique de l'alinéa 8 du Préambule pour apprécier si une ordonnance prise par le gouvernement De Villepin en faveur de l'emploi portait atteinte au principe de participation. En l'espèce, le juge rejette le moyen tiré de l'atteinte à ce principe au motif que « *les dispositions attaquées [...] ne procèdent qu'à un aménagement des règles de décompte des effectifs utilisées pour la mise en œuvre de dispositions relatives au droit du travail, sans modifier le contenu de ces dispositions et sans priver d'effectivité la portée de celles qui mettent en œuvre le principe énoncé*

⁶⁶⁴ VEDEL (G.), « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 35 et s., spécialement p. 42.

⁶⁶⁵ En outre, à l'instar des dispositions prévues dans le corps de la Constitution de 1958, celles du Préambule ont fait l'objet d'un référendum et le peuple les a acceptés dans leur ensemble, leur attribuant par conséquent, à toutes, la même valeur.

⁶⁶⁶ CE, ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene, S.*, 1950, 3, 9. 109 ; *D.*, 1950, J., p. 538.

⁶⁶⁷ Par exemple, dans sa décision du 9 juillet 1986, le Conseil d'État refuse d'admettre la normativité de la disposition constitutionnelle programmatique prévue à l'alinéa 8 du Préambule relatif au principe de participation. Il considère que « *les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre de dispositions législatives et réglementaires qui les régissent* ». CE, 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hautes fonctionnaires de la police nationale*, n° 67176.

au huitième alinéa du préambule [...], les confédérations requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'ordonnance attaquée a été prise en méconnaissance de ce principe »⁶⁶⁸.

Un an après la décision « *Deahene* », la Cour de cassation confirme la position du Conseil d'État en reconnaissant, elle aussi, la valeur normative de l'énoncé constitutionnel programmatique relatif au droit de grève. Elle considère ainsi que l'exercice du droit de grève ne doit pas impliquer une rupture de contrat de travail. Pour la Cour de cassation « *l'absence des textes législatifs auxquels fait allusion la Constitution susvisée n'a pas pour effet de supprimer le droit dont elle proclame l'existence* »⁶⁶⁹. En procédant de la sorte, alors qu'elle a pour habitude de trancher les litiges au regard de fondements législatifs et que le caractère juridique des dispositions du Préambule est encore incertain, la Cour de cassation affirme la valeur normative de l'alinéa 7, véritable règle de droit directement applicable devant elle. Elle reconnaît, par conséquent, la normativité aux programmes constitutionnels.

Quelques années après les juges administratif et judiciaire, le Conseil constitutionnel s'est lui aussi prononcé en faveur de la normativité des dispositions constitutionnelles programmatiques. Toutefois, à la différence de la Cour constitutionnelle italienne, c'est progressivement qu'il a reconnu la valeur normative de ces dispositions.

La première fois que le juge constitutionnel se réfère au Préambule de 1958, lors d'un contrôle de la constitutionnalité d'une loi, date de la décision « *Traité du Luxembourg* »⁶⁷⁰. À cette occasion, le juge ajoute à son visa habituel « *Vu la Constitution* », l'expression « *et notamment son Préambule* ». Or, le Préambule de la Constitution de 1958 renvoie à celui de la Constitution de 1946 qui renferme l'essentiel des dispositions constitutionnelles programmatiques. Par conséquent, en reconnaissant la valeur normative du Préambule, le juge constitutionnel admet implicitement la normativité des dispositions programmatiques prévues par ce texte. Ce qu'il confirme l'année d'après, en 1971, avec sa décision « *Liberté d'association* »⁶⁷¹. En l'espèce, le Conseil constitutionnel reconnaît expressément valeur constitutionnelle au Préambule de 1958 et fait application d'une des catégories de textes auxquels il renvoie, c'est-à-dire les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁶⁷². Avant cette décision, « *le Conseil*

⁶⁶⁸ CE, 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail*, n° 283892.

⁶⁶⁹ Cour de cassation, 28 juin 1951, *Société d'impression sur étoffes du Grand Lemps c. Geoffroy, D. soc.*, 1951, p. 532. Dans un autre arrêt rendu le même jour, la Cour de cassation juge que « *l'affirmation solennelle par les constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels, ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit* ». Cour de cassation, 28 juin, 1951, *Maïseries de la Méditerranée c. dame Roth, D. soc.*, 1951, p. 532.

⁶⁷⁰ Cons. const., décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité du Luxembourg, Rec.* p. 15.

⁶⁷¹ Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association, Rec.* p. 29.

⁶⁷² Dans le débat constitutionnel qui suivit la saisine du Conseil, la controverse fondamentale portait sur la question de savoir si la restriction opérée par le texte litigieux à la loi 1901 portait atteinte au principe constitutionnel de la liberté d'association. Ce qui revenait à déterminer si la liberté d'association était bien un

constitutionnel ne s'était fait remarqué ni par ses audaces ni par ses témérités. On s'était vite habitué à voir en lui un auxiliaire docile du pouvoir chargé surtout de cantonner le législatif dans les strictes compétences de l'article 34 »⁶⁷³. Ainsi, en reconnaissant la normativité de ces dispositions constitutionnelles programmatiques, le juge constitutionnel rompt avec l'image d'« instrument docile de l'exécutif »⁶⁷⁴ qui était la sienne jusqu'alors. Mais c'est en 1975 que, pour la première fois, le Conseil constitutionnel fait une application expresse d'une disposition programmatique prévue par le Préambule de 1946. En l'occurrence, il considère que la loi incriminée, relative à l'interruption volontaire de grossesse, ne méconnaît en aucune manière la disposition programmatique prévue par le Préambule de 1946 aux termes de laquelle « *la Nation garantit à l'enfant la protection de la santé* »⁶⁷⁵. Avec cette décision, le Conseil constitutionnel récuse donc définitivement la thèse qui refusait la normativité aux dispositions constitutionnelles programmatiques au motif qu'elles sont formulées de manière imprécise, ou du fait qu'elles ne sont que des prescriptions pas assez rigoureuses pour être de véritables règles de droit⁶⁷⁶. La normativité des énoncés programmatiques étant ainsi admise par le juge de la loi, ces dispositions peuvent dès lors servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité.

En France comme en Italie, la normativité est donc reconnue à l'ensemble des dispositions prévues par la Constitution. La programmaticité des énoncés constitutionnels n'est donc pas une cause qui les priverait de valeur normative. Pour autant, toute disposition programmatique n'est pas forcément normative. Ainsi en est-il, généralement, des dispositions programmatiques dont la source formelle n'est pas la Constitution.

principe constitutionnel. Celle-ci n'est pas inscrite dans la Constitution de 1958, ni même dans son Préambule. Toutefois, ce dernier renvoie à des textes plus anciens, à savoir le Préambule de 1946, la Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République au nombre desquels on compte justement la loi de 1901 relative à la liberté d'association. Le Conseil constitutionnel affirme effectivement, dès son premier considérant, que cette liberté appartient à cette catégorie de principes réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1958. Il applique ce principe dans les motifs de sa décision afin de déclarer inconstitutionnelle la disposition législative en cause.

⁶⁷³ ROBERT (J.), « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP*, n° 5, septembre-octobre 1971, p. 1171 et s., spécialement p. 1195.

⁶⁷⁴ RIVERO (J.), « La garantie, par le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois, des libertés proclamées par le préambule de la Constitution », *op. cit.*, p. 539.

⁶⁷⁵ Cons. const., n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG, Rec.* p. 19, *RJC-I*, p. 31.

⁶⁷⁶ VEDEL (G.), *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 326. Par la suite, le Conseil constitutionnel a confirmé la normativité de ces dispositions en affirmant, dans sa jurisprudence ultérieure, la valeur normative de chacun de ces énoncés. Pour une étude des décisions portant sur le contrôle de la constitutionnalité des lois sur le fondement des normes constitutionnelles programmatiques relatives aux droits des travailleurs reconnus par les alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946, voir OGIER-BERNAUD (V.), *op. cit.*, p. 102 et s.

2 § - Une normativité refusée aux dispositions programmatiques non prévues par la Constitution

Une disposition constitutionnelle programmatique, parce que constitutionnelle, bénéficie de la normativité inhérente à la Constitution. La place supérieure dans l'ordonnement juridique national de la Constitution fait que celle-ci irradie, en quelque sorte, sa normativité sur l'ensemble des dispositions qu'elle contient. Cela se vérifie d'autant plus que si la normativité est reconnue aux dispositions constitutionnelles programmatiques, toutes les dispositions programmatiques ne sont pas forcément normatives. Certaines normes, ayant toutes les apparences de « normes » programmatiques, se sont effectivement vu refuser ce statut par le juge constitutionnel. C'est le cas des énoncés programmatiques « infra-constitutionnels », tels que ceux des statuts régionaux en Italie. À cet égard, la Cour constitutionnelle semble bien « dénormativiser » ces dispositions programmatiques (A). En France, certaines normes, qui paraissent pourtant être des normes constitutionnelles programmatiques, peuvent, dans certains cas, elles aussi, être privées de valeur normative. C'est le cas des normes programmatiques d'origine jurisprudentielle. Ces normes, bien que matériellement constitutionnelles, sont formellement extérieures au texte constitutionnel (B).

A – L'« a-normativisation » des normes programmatiques des statuts régionaux en Italie

Récemment, la Cour constitutionnelle italienne a donné à la doctrine une occasion de revenir sur la détermination de la valeur normative des énoncés programmatiques. En effet, les analyses du « paquet »⁶⁷⁷ de décisions rendues par la *Consulta* ont révélé la surprise générale et l'engouement particulier de la doctrine pour ce concept de norme programmatique⁶⁷⁸. Or, cette jurisprudence constitutionnelle semble bien devoir confirmer l'importance de l'existence d'un fondement formellement constitutionnel pour reconnaître la normativité des dispositions programmatiques.

⁶⁷⁷ RUGGI (A.), « La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale », www.forumcostituzionale.it.

⁶⁷⁸ Voir entre autres, CARDONE (A.), « Brevi considerazioni sur alcuni profili processuali della recente giurisprudenza “statutaria” della Corte costituzionale (Nota a *Corte cost.* n° 372, 378 et 379 del 2004) », *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it ; BIN (R.), « Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione », *Le Regioni*, 2005, n° 1, www.forumcostituzionale.it ; BARTOLE (S.), « Norme programmatiche e Statuti regionali », *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it ; RUGGERI (A.), « La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale », www.forumcostituzionale.it ; PASTORI (G.), « Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali », *Le Regioni*, 2005, n° 3, www.forumcostituzionale.it ; NOCILLA (D.), « Natura della disposizioni programmatiche statutarie e controlli endoregionali su leggi e regolamenti delle Regioni », *Giur. Cost.*, 2004, p. 4138 ; pour une analyse française des décisions de la Cour constitutionnelle italienne, voir DI MANNO (TH.), « L'“inefficacità juridique” des normes “programmatiche” des statuti regionali ordinari », *AJJC*, 2005, p. 717 et s.

En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de se prononcer sur la constitutionnalité d'énoncés programmatiques tirés des statuts des régions ordinaires, c'est-à-dire issus d'une source infra-constitutionnelle.

Pour organiser leur fonctionnement, chaque région italienne bénéficie d'un statut qu'elle établit elle-même en vertu de l'article 123, alinéa 1, de la Constitution. Ce statut doit déterminer la forme de gouvernement et les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement du système politique et administratif régional⁶⁷⁹. L'identification des principes applicables à l'organisation et aux réglementations régionales relève donc des compétences spécifiques aux régions, mais ces principes doivent aussi être en harmonie avec la Constitution⁶⁸⁰.

Lors de la rédaction de leur nouveau statut, les régions Toscane⁶⁸¹, d'Émilie-Romagne⁶⁸² et d'Ombrie⁶⁸³ ont souhaité marquer un peu plus leur autonomie par rapport à l'État en introduisant des dispositions générales de caractère programmatique qui inscrivent, dans ces Chartes organisatrices, la possibilité d'une ouverture sur des compétences qui ne sont pourtant pas de leur attribution⁶⁸⁴. Ces dispositions programmatiques statutaires permettent, en effet, aux régions d'intervenir dans le champ de compétences législatives exclusives de l'État que prévoit l'article 117 de la Constitution⁶⁸⁵. C'est pourquoi le gouvernement a saisi la Cour constitutionnelle italienne afin que celle-ci se prononce sur leur constitutionnalité⁶⁸⁶.

⁶⁷⁹ A cet égard, les réformes constitutionnelles de 1999 et de 2001 ont renforcé l'autonomie des Régions en modifiant à leur avantage le principe de la répartition des compétences entre elles et l'État. L'article 117 de la Constitution prévoit en effet limitativement les compétences exclusives de l'État et les compétences que l'État et les Régions exercent concurremment. Par contre, les Régions deviennent compétentes pour toutes les matières qui ne sont pas prévues par cet article comme relevant de la compétence de l'État. Dorénavant, l'article 123 identifie six domaines de compétences exclusives que les statuts régionaux doivent régir : la forme du gouvernement, les principes fondamentaux sous-jacents à l'organisation de l'administration, le droit d'initiative, les référendums, la Constitution et l'organisation des Conseils régionaux, la publication des lois et réglementations.

⁶⁸⁰ L'alinéa 1^{er} de l'article 123 dispose que « *Chaque Région a un statut qui, en harmonie avec la Constitution, en détermine la forme de gouvernement et les principes fondamentaux d'organisation et de fonctionnement* ».

⁶⁸¹ *Corte cost., sent. n° 372 du 2 décembre 2004, op. cit.*

⁶⁸² *Corte cost., sent. n° 378 du 6 décembre 2004, op. cit.*

⁶⁸³ *Corte cost., sent. n° 379 du 6 décembre 2004, op. cit.*

⁶⁸⁴ Depuis les réformes constitutionnelles de 1999 et de 2001, certaines matières relèvent exclusivement de la compétence législative de l'État. D'autres relèvent de la loi édictée par les Régions, sous réserve de respecter les principes que la loi nationale détermine. Enfin, une troisième catégorie correspond à toutes les autres matières qui relèvent de la compétence des Régions exclusivement.

⁶⁸⁵ De ce fait, ces dispositions font en quelque sorte de ces statuts des « *petites constitutions régionales* ». Voir PROTTI (G.), « *Principi fondamentali e nuovi Statuti delle Regioni* », *Confronti. Autonomia Lombarda : le idee, i fatti, le esperienze*, 1/2004, p. 110 et s., www.regione.lombardia.it.

⁶⁸⁶ Ainsi, dans la première espèce, le gouvernement conteste la disposition tirée du statut de la région Toscane aux termes de laquelle la Région « *promeut, dans le respect des principes constitutionnels, l'extension du droit de vote aux immigrés* ». Il soumet au contrôle du juge constitutionnel les finalités que la région s'est fixées, au nombre desquelles se placent « *la reconnaissance d'autres formes de cohabitations* », « *le respect de l'équilibre écologique, la protection de l'environnement et du patrimoine culturel...* », « *la protection et la valorisation du patrimoine historique, artistique et paysager...* », « *la promotion du développement économique et d'un contexte favorable à la compétitivité des entreprises* » et « *la valorisation de la liberté d'initiative économique publique et privée* ». Dans la seconde espèce, le gouvernement conteste devant la

Toutefois, dans chacune de ses trois décisions, la Cour rejette le moyen soulevé devant elle par le gouvernement au motif que le caractère programmatique des dispositions statutaires contestées implique « *qu'elles se placent principalement sur le plan des convictions qui expriment les diverses sensibilités politiques présentes au sein de la communauté régionale* ». En ce sens, le juge constitutionnel considère que les programmes inscrits dans ces statuts ne correspondent pas à des dispositions juridiques, mais seulement à des intentions politiques « *dépourvues de tout caractère prescriptif et contraignant* ».

On retrouve dans les motivations de la Cour constitutionnelle la thèse soutenue en 1956 devant elle par les opposants à la reconnaissance de la normativité des programmes constitutionnels, thèse qu'elle avait alors rejetée. Il est vrai que, dans ce dernier cas, il s'agissait de déterminer la valeur normative de dispositions inscrites dans le texte constitutionnel. En revanche, dans les trois affaires de 2004 précitées, le caractère programmatique concerne des dispositions prévues, non par Constitution, mais par le statut des régions de Toscane, d'Émilie-Romagne et d'Ombrie. Il est vrai aussi qu'en 1956, la programmaticité touchait une disposition constitutionnelle sur la base de laquelle était contrôlée une disposition législative. Or, en 2004, la programmaticité touche la disposition, non plus de référence, mais objet du contrôle de constitutionnalité. Le contexte est donc différent d'un cas à l'autre. Toutefois, il est le même pour ce qui est de l'identification du caractère programmatique et de ses conséquences sur la normativité d'un énoncé. Dans les deux cas, il s'agit d'une disposition inscrite dans un acte juridique et dont la formulation imprécise et finaliste manifeste son caractère programmatique. À cet égard, la comparaison des raisonnements de la Cour constitutionnelle est donc possible.

Elle est d'autant plus légitime que la formulation lexicologique des énoncés mis en cause en 2004 montre des similitudes évidentes avec celle des énoncés programmatiques inscrits dans la Constitution italienne. Elle manifeste une certaine « *assonance linguistique* »⁶⁸⁷ entre ces deux types d'énoncés. Par exemple, la région de Toscane prévoit dans son statut qu'elle garantit « *le respect de l'équilibre écologique, la protection de l'environnement et du patrimoine culturel..., la*

Cour constitutionnelle une disposition statutaire attribuant à la région d'Émilie-Romagne la compétence en matière de protection de la famille et « *d'autres formes de cohabitations* ». Dans la troisième espèce relative au statut de la région d'Ombrie, le gouvernement soulève l'inconstitutionnalité de la disposition statutaire programmatique relative à la nécessité de garantir « *dans le cadre des facultés qui lui [à la région] sont constitutionnellement reconnues, le droit de vote des immigrants résidents* ». Il conteste aussi la disposition qui assure « *à tous ceux qui résident dans une commune du territoire régional les droits de participation consacrés dans le présent Titre, y compris le droit de vote aux référendums et aux autres formes de consultation populaire* ».

⁶⁸⁷ BARTOLE (S.), « Norme programmatiche e statuti regionali », *op. cit.* Pour l'auteur, la disposition suivant laquelle les régions concourent à écarter les « *obstacles d'ordre économique, social, culturel, sexuel, éthique et religieux* » montre une similitude sémantique avec l'article 3 alinéa 2 de la Constitution aux termes duquel « *Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* ».

protection et la valorisation du patrimoine historique, artistique et paysager... ». On retrouve une formulation équivalente à l'article 9 de la Constitution qui dispose que la République « *protège le paysage ainsi que le patrimoine historique et artistique de la Nation* ». Si bien que certains auteurs ont insisté sur « *les nombreuses affinités et/ou identités sémantiques entre les déclarations identitaires du statut et celles contenues dans la Charte constitutionnelle* »⁶⁸⁸ afin de plaider en faveur de la reconnaissance de la normativité des dispositions statutaires programmatiques.

En outre, les programmes que formulent les dispositions statutaires s'adressent essentiellement aux organes régionaux politiques et législatifs, leur fixant des objectifs à atteindre. Par conséquent, à l'instar des dispositions constitutionnelles programmatiques qui s'adressent au législateur, les dispositions programmatiques statutaires ont, elles aussi, comme destinataires les pouvoirs publics à qui elles confient la charge d'atteindre le but qu'elles prévoient. De cette manière, ces programmes permettent l'interprétation et l'application de tout l'ordonnement régional⁶⁸⁹. Ils devraient, en ce sens, correspondre à des dispositions normatives au même titre que les dispositions constitutionnelles programmatiques. Cependant, le juge constitutionnel italien en a jugé autrement.

Avec ces décisions, la Cour opère une distinction entre les dispositions programmatiques prévues par les Statuts régionaux et les dispositions programmatiques présentes dans la Constitution. Elle affirme aussi clairement que la normativité n'est pas remise en cause par le caractère programmatique en lui-même, mais par la « valeur de l'acte source ». Effectivement, pour la Cour la « *proclamation d'objectifs et d'engagements* » présents dans ces Statuts « *ne sauraient certainement pas être assimilées aux normes dites programmatiques de la Constitution* ». Elle précise en ce sens que « *nous ne sommes pas en présence de Chartes constitutionnelles, mais seulement de sources régionales "à compétence réservée et spécialisée", c'est-à-dire de statuts d'autonomie, qui, même s'ils sont constitutionnellement garantis, doivent, en tout état de cause, "être en harmonie avec tous les préceptes et tous les principes découlant de la Constitution"* ». Elle en conclut le fait que, même « *si elles sont matériellement insérées dans un acte source* », les dispositions programmatiques des statuts régionaux ne sont pas prescriptives, n'ayant « *aucune*

⁶⁸⁸ Pour l'auteur, le raisonnement suivi par la Cour tendant à nier la force normative des dispositions programmatiques statutaires n'est pas convaincant. Notamment parce qu'on ne peut ignorer que « *quand, dans un texte qui a le caractère de source de droit, se trouvent des principes, on ne peut ni parler de valeur nulle ni de valeur purement culturelle ou politique des contenus exprimés par les normes de principe* ». Par ailleurs, « *la force inductive des principes statutaires ne peut être méconnue sur la base du fait qu'il s'agit de dispositions privées d'efficacité juridique immédiate, d'autant que ces prescriptions de principe tendent à représenter, en substance, [...] une "modernisation du sens" des droits, principes et valeurs déjà prévus à l'article 48 de la Constitution* ». BALDINI (V.), « *Il nuovo statuto della regione Campania. Le dichiarazioni identitarie* », 20 janvier 2010, www.federalismi.it

⁶⁸⁹ Pour D. Nocilla, « *on ne peut nier la capacité des dispositions en question à conditionner, en quelque sorte, l'interprétation et l'application de toutes les normes régionales* ». *op. cit.*, p. 4.

efficacité juridique »⁶⁹⁰. Au contraire, ces dispositions « *exercent une fonction, pour ainsi dire, de nature culturelle ou même politique, mais certainement pas normative* ».

Par conséquent, si le juge constitutionnel considère que les dispositions programmatiques des statuts régionaux sont privées de normativité, c'est parce que, contrairement aux dispositions constitutionnelles programmatiques, elles sont issues d'un acte infra-constitutionnel et non de la Charte fondamentale.

Qualifiée d'« *intrinsèquement contradictoire* »⁶⁹¹, d'approximative, de critiquable, de surprenante, de sibylline, l'analyse de la Cour n'a pas laissé la doctrine sans réactions. Avec ces trois décisions, la *Consulta* remet, en effet, à l'ordre du jour une controverse que l'on croyait depuis longtemps éteinte. Comme le remarque le juriste italien D. Nocilla, la solution retenue par la Cour tend à « *nier toute efficacité aux dispositions, vraiment programmatiques, contenues dans un acte-source typique, tel que le Statut régional, exhumant une distinction entre normes prescriptives et normes programmatiques, qui semble remonter à la préhistoire du droit constitutionnel de notre pays* »⁶⁹². Ces solutions retenues en 2004 laissent donc perplexes le lecteur devant l'évidence de la similitude de ces deux types de dispositions⁶⁹³. D'une part, l'un et l'autre de ces énoncés ont la même structure formelle. D'autre part, chacune des deux sources, statutaire ou constitutionnelle, est normative⁶⁹⁴. Ainsi, le « paquet » de décisions de 2004

⁶⁹⁰ Voir les décisions de 2004 précitées de la Cour constitutionnelles. Notons qu'en adoptant ce raisonnement, la Cour constitutionnelle italienne substitue les dispositions au contrôle de constitutionnalité. En effet, privée de fonction normative, ces normes ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité puisqu'elles n'appartiennent pas au registre des normes juridiques. Ce qui conduit la Cour à rejeter les trois requêtes formulées par le gouvernement, considérant ces recours comme étant irrecevables.

⁶⁹¹ RUGGERI (A.), *op. cit.*

⁶⁹² NOCILLA (D.), *op. cit.*, p. 3.

⁶⁹³ Pour reprendre les mots de Th. Di Manno, distinguer les énoncés programmatiques des Statuts régionaux et ceux de la Constitution suivant leur efficacité juridique « *tient assurément du sophisme et, pour cela, ne saurait emporter la conviction* ». DI MANNO (TH.), « L'«inefficacité juridique» des normes «programmatiques» des statuts régionaux ordinaires », *op. cit.*, p. 720.

⁶⁹⁴ Les statuts des Régions ont effectivement été considérés par la Cour comme des actes pourvus d'efficacité juridique et non comme des actes privés de toute normativité. À ce titre, il convient de citer la décision rendue par la *Consulta* en 1983 à l'occasion de laquelle le juge admet l'introduction dans les statuts régionaux de formes de contrôle endo-régionaux qui assurent le respect des dispositions qui règlementent le système régional. *Corte cost., sent. n° 49 du 28 janvier 1983, Giur. Cost.*, p. 79. En l'espèce, la Cour devait se prononcer que la constitutionnalité des articles 81 et 82 d'une loi relatifs à l'institution d'une Commission de garantie statutaire destinée à rendre des avis sur la conformité aux statuts des lois et règlements régionaux. Ces avis, s'ils sont négatifs, ont pour effet de provoquer un nouvel examen et une nouvelle approbation du Conseil régional et de la *Giunta*. La Cour a considéré conformes à la Constitution ces deux dispositions en ce qu'elles configurent cette Commission et son fonctionnement seulement de manière générale. Par conséquent, cette décision rendue par la Cour et l'institution d'un organe de garantie reconnaissent l'efficacité juridique du contenu des statuts. L'inobservation des dispositions statutaires de la part du législateur régional implique en effet que la Commission de garantie prononce un avis négatif sur la conformité au statut de la loi régionale non compatible avec la finalité proclamée, obligeant alors le Conseil régional à réexaminer la loi et à procéder à sa nouvelle approbation. NOCILLA (D.), *op. cit.*

« *dénormativise* »⁶⁹⁵ les dispositions programmatiques tout comme, plus généralement, l'act-source, à savoir les statuts régionaux.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne relative aux dispositions programmatiques des statuts régionaux confirme le fait que la reconnaissance de la normativité des dispositions programmatiques est bien liée à l'existence d'une source formellement constitutionnelle. L'importance d'un tel fondement pour les programmes se retrouve, en France, à travers les objectifs de valeur constitutionnelle et leur devenir dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Il semble même que, pour être normatif, le programme doit être *formellement* constitutionnel. Nous verrons en effet que ces énoncés, bien que constitutionnels, ne sont pas formellement prévus par le Texte fondamental, puisqu'ils résultent de ramifications jurisprudentielles. Or, à la lumière de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, de nombreux indices nous laissent effectivement penser que ces objectifs de valeur constitutionnelle pourraient être dépouillés de leur normativité.

B – Vers la « dénormativisation » des normes constitutionnelles programmatiques d'origine jurisprudentielle en France

La question de la « dénormativisation » de certains programmes constitutionnels s'est posée, en France, avec l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité⁶⁹⁶. Cette procédure issue de la réforme constitutionnelle de 2008 permet de contrôler, par voie d'exception, la conformité des dispositions législatives aux droits et libertés garantis par la Constitution⁶⁹⁷. La doctrine s'est

⁶⁹⁵ RUGGERI (A.), *op. cit.* Pour l'auteur, avec cette décision, la Cour avait pour objectif la « *“dénormativisation” d'une source de valeur juridique incontestable* » en considérant les statuts comme étant « *inaptes à ordonner et à orienter les processus productifs et, plus généralement, la dynamique politico-institutionnelle* ».

⁶⁹⁶ La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République a inséré dans la Constitution un article 61-1 et modifié son article 62 pour créer une procédure d'examen par voie d'exception de la constitutionnalité de la loi. Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose que « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur envoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, qui se prononce dans un délais déterminé* ». Effective seulement depuis le 1^{er} mars 2010, l'exception d'inconstitutionnalité est loin d'être un sujet nouveau en droit français. Pourtant, les arguments favorables à la mise en œuvre de cette procédure n'ont jamais véritablement manqué. Ainsi, comme le rappelle R. Badinter, on pouvait reprocher à notre système juridique, outre le fait que des procédures semblables existaient déjà à l'étranger, le fait que « *la plus grande partie des lois votées échappaient à tout contrôle de constitutionnalité, aussi bien pour le passé – autrement dit les textes antérieurs à la Constitution – que pour un grand nombre de lois présentes* ». BADINTER (R.), « Introduction », *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, PUAM, 2009, p. 13. En outre, et sans épuiser les arguments, il paraissait anormal qu'en 1981 l'accès aux juridictions européennes ait été ouvert aux Français et que ces derniers ne puissent pas prétendre au contrôle de constitutionnalité.

⁶⁹⁷ Auparavant, une loi pouvait être déférée au Conseil constitutionnel seulement par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs. Dorénavant, la saisine du Conseil constitutionnel est aussi indirectement ouverte aux particuliers.

alors vivement interrogée sur le fait de savoir si les objectifs de valeur constitutionnelle⁶⁹⁸, ayant pourtant valeur normative, étaient ou non exclus de cette procédure. De fait, l'existence même de ce débat rend compte d'une distinction au sein de la catégorie de normes constitutionnelles programmatiques au détriment des objectifs de valeur constitutionnelle.

La loi organique du 10 décembre 2009⁶⁹⁹ détermine les conditions d'application de cette très attendue⁷⁰⁰ question prioritaire de constitutionnalité. Une de ces conditions concerne les normes au regard desquelles on peut soulever cette question. L'article 61-1 de la Constitution prévoit effectivement qu'il est nécessaire qu'une disposition législative porte atteinte « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». Le constituant a ainsi décidé que la question pourra être posée au regard du contenu du bloc de constitutionnalité - qui comprend, non seulement les articles de la Constitution, mais aussi les droits et libertés prévus par la Déclaration de 1789, les principes particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la Charte de l'environnement. Cependant, comme l'énonce le rapporteur J.-L. Warsmann, il est vite apparu que « *si l'ensemble des droits et libertés en vertu desquels le Conseil constitutionnel assure le contrôle de constitutionnalité a priori devraient pouvoir être invoqués dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori, la possibilité de faire entrer dans cette catégorie les objectifs de valeur constitutionnelle devra être tranchée* »⁷⁰¹.

Selon le premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution, cette procédure est conditionnée par l'existence d'une atteinte aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* ». L'article 23§1 alinéa 1 de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 précité énonce, sans plus de

⁶⁹⁸ Sur la notion d'objectif de valeur constitutionnelle, nous renvoyons le lecteur à nos développements de la première partie.

⁶⁹⁹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JO*, 11 décembre 2009, p. 21379.

⁷⁰⁰ Il suffit pour s'en convaincre de constater l'engouement de la doctrine pour cet événement procédural. Citons, entre autres, à cet égard : CASSIA (P.), « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA*, 2008, p. 877 ; CHAIX (C.-C.), « La question préjudicielle de constitutionnalité : fin heureuse d'une exception française ? », *Politeia*, 2009, p. 489 ; CHAUVAUX (D.), « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, 2009, p. 566 ; DRAGO (G.), « Exception d'inconstitutionnalité – Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP*, 2008, I. p. 217 ; FATIN-ROUGE STÉFÉNINI (M.), « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, 2009, p. 269 ; GAUDEMET (Y.), « Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité », *RDP*, 2009, p. 582 ; BURGORGUE-LARSEN (L.), « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61§1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, p. 787 ; BON (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107.

⁷⁰¹ WARSMANN (J.-L.), Rapport enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 septembre 2009. www.assemblee-nationale.fr.

précision, qu'une disposition législative doit porter atteinte aux « droits et libertés garantis par la Constitution ».

Pour une partie de la doctrine, en ne prévoyant aucune restriction quant aux normes constitutionnelles invocables lors d'une question prioritaire de constitutionnalité, la loi permet que cette dernière soit posée sur le fondement de garanties constitutionnelles d'origine jurisprudentielle. Pour les tenants de cette lecture ouverte de l'article 61-1, l'expression « droits et libertés garantis par la Constitution » inclut donc « *les différents objectifs à valeur constitutionnelle comme la possibilité de disposer d'un logement décent ou l'accessibilité et l'intelligibilité du droit* »⁷⁰².

Pour d'autres, au contraire, cette expression devrait faire l'objet d'une lecture limitée strictement à la lettre de la loi : seuls les « droits » et les « libertés » pourraient servir de fondement à une question prioritaire de constitutionnalité. Les objectifs seraient donc à exclure des moyens d'inconstitutionnalité invocables⁷⁰³.

Cette approche restrictive peut se justifier pour au moins deux raisons. D'abord, en tant qu'« objectifs », ces normes constitutionnelles programmatiques n'appartiennent pas à la catégorie des « libertés » et des « droits ». Ensuite, d'origine jurisprudentielle, les objectifs de valeur constitutionnelle n'appartiennent pas au texte même de la Constitution et ne sont donc pas garantis *stricto sensu* par elle.

Ainsi, par exemple, pour le rapporteur H. Portelli ils doivent être exclus du champ de la question prioritaire de constitutionnalité car, « *dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour éclairer le Parlement [...], ces objectifs ne constituent pas à proprement parler des droits subjectifs d'application directe et sont en tant que tels dépourvus de portée normative. Ils s'adressent au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat.* »⁷⁰⁴.

Le rapporteur H. Portelli est cependant moins catégorique que le rapporteur J.-L. Warsmann car il ne récuse pas définitivement les objectifs de valeur constitutionnelle de la liste des normes sur lesquelles fonder une question prioritaire de constitutionnalité. Adoptant l'idée d'une normativité

⁷⁰² DRAGO (G.), « La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, PUAM, 2009, p. 25, spécialement p. 46.

⁷⁰³ Pour le rapporteur J.-L. Warsmann, si certains ont apporté une réponse positive à cette interrogation, « *telle n'était toutefois pas l'interprétation du président de la commission des Lois du Sénat, lors de l'examen du projet de révision constitutionnelle* ». WARSMANN (J.-L.), *op. cit.*

⁷⁰⁴ PORTELLI (H.), Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 septembre 2009, voir <http://parlement-ue2008.fr/rap/108-637/108-6371.pdf>.

graduée, il n'exclut pas le caractère évolutif de la force normative de ces objectifs. Pour lui, ces derniers ne sont *a priori* pas visés par l'article 61-1 de la Constitution, « *néanmoins, ces notions présentent un caractère évolutif : un objectif peut se transformer en un droit, un principe de valeur constitutionnelle. Il reviendra au Conseil constitutionnel lui-même de décider de cette transformation* »⁷⁰⁵.

Depuis, le juge constitutionnel a statué sur la possible réception des objectifs de valeur constitutionnelle au sein des « droits et libertés garantis » entendus aux sens l'article 61-1 de la Constitution. Cependant, si la position du Conseil constitutionnel est claire aujourd'hui, ce n'est que par une « *réponse au cas par cas* »⁷⁰⁶ qu'il s'est progressivement prononcé.

Le juge constitutionnel a effectivement commencé par ne pas exclure que l'objectif du pluralisme d'expression des courants de pensée et d'opinion puisse être invocable à l'occasion de cette procédure, pour, par la suite, refuser cette possibilité à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

En ce sens, dans la décision 2010-3 QPC du 28 mai 2010, le juge constitutionnel ne refuse pas à cette catégorie de normes constitutionnelles programmatiques le rang de norme invocable au titre de l'article 61-1, considérant ainsi que « *le grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions est, en tout état de cause, inopérant* »⁷⁰⁷. Si bien qu'il était possible d'en déduire, en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, que tous les objectifs de valeur constitutionnelle pouvaient appartenir à la catégorie des « *droits et libertés garantis par la Constitution* ». Toutefois, dans sa décision 2010-4/17 QPC, le juge constitutionnel considère que la méconnaissance de l'objectif relatif à l'intelligibilité et d'accessibilité de la loi « *ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* »⁷⁰⁸. Il refuse donc clairement que l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi fasse partie des normes invocables pour fonder cette question. Il faut, dès lors, en déduire que tous les objectifs de

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ GUILLAUME (M.), « La question prioritaire de constitutionnalité », www.conseil-constitutionnel.fr, p. 22 et s.

⁷⁰⁷ Cons. const., décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles d'Europe*, [Associations familiales], *Rec.* p. 97.

⁷⁰⁸ Cons. const., décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain et autres*, [Indemnité temporaire de retraite outre-mer], *Rec.* p. 156. Cette solution est confirmée par la jurisprudence constitutionnelle ultérieure. Voir notamment Cons. const., décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres*, [Réorientation professionnelle des fonctionnaires], *JO* du 18 juin 2011, p. 10456.

valeur constitutionnelle ne sont pas vus comme des « *droits et libertés garantis par la Constitution* » par le juge constitutionnel⁷⁰⁹.

Il ressort de cette jurisprudence que le juge constitutionnel opère une distinction au sein de ces normes-objectifs suivant qu'elles sont corrélées à la protection d'un droit ou d'une liberté. Dans le cas où cette corrélation n'existe pas, l'objectif de valeur constitutionnelle est exclu de cette procédure. Il en est donc ainsi de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité qui vise à garantir la qualité de la loi et non un droit ou une liberté. En revanche, l'objectif relatif au pluralisme d'expression des courants de pensées et d'opinions conditionne notamment l'effectivité de la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789⁷¹⁰. Ce que confirme la décision n° 2011-169 QPC en intégrant à la catégorie de « droits et libertés que la Constitution garantit » l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent⁷¹¹.

De cette manière, le juge constitutionnel introduit bien une scission au sein des normes constitutionnelles programmatiques. En témoigne le simple fait de s'interroger sur la possibilité, pour les objectifs de valeur constitutionnelle, de faire partie des garanties de l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel oppose en effet, d'un côté, les objectifs en tant que programme constitutionnel d'origine jurisprudentielle certes, mais conditionnant la protection d'un droit ou d'une liberté au sein de la Constitution ; de l'autre, les objectifs en tant que programme d'origine jurisprudentielle mais sans corrélation avec une garantie constitutionnelle textuellement prévue.

⁷⁰⁹ Le Conseil constitutionnel montre d'ailleurs certaines réticences à accepter qu'un objectif de valeur constitutionnelle puisse servir à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, il refuse le moyen tiré de la violation d'une telle norme, retenant, par exemple, qu'au regard de la disposition mise en cause il n'y a « *pas d'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle de la protection de l'ordre public* » ou bien qu'il n'y a « *pas d'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention de l'atteinte à l'ordre public et notamment à la sécurité des personnes* ». Respectivement, Cons. const., décision n° 2010-605 QPC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. p. 78 et décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique* [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales], JO du 25 juin 2011, p. 10841. Sur ce point, voir GUERRINI (M.), « Les moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit », 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/guerriniT7.pdf>.

⁷¹⁰ Décisions du Conseil constitutionnel n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *liberté de communication*, Rec. p. 141 ; n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *liberté de communication audiovisuelle*, Rec. p. 48 ; n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, *liberté de communication*, Rec. p. 32 ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *loi modifiant la loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121. En outre, depuis la révision constitutionnelle de 2008, le pluralisme est expressément inscrit dans le corps de la Constitution de 1958 au troisième alinéa de l'article 4 en ces termes : « *La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ». Ce qui assure à cet objectif une assise textuelle.

⁷¹¹ Cons. const., décision n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres* [Définition du droit de propriété], JO du 1^{er} octobre 2011, p. 16527. Cet objectif est classé par le Conseil constitutionnel parmi les normes reconnues comme pouvant être invoquées à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Voir le site du Conseil la rubrique « Tables d'analyses du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2011 ».

Le fait que la norme constitutionnelle programmatique puisse être rattachée à une source juridique textuelle paraît bien, encore une fois, influencer sur sa force normative. On a vu que le juge constitutionnel italien distingue les normes programmatiques d'origine constitutionnelle des normes programmatiques d'origine statutaire. Seules les premières - dont la Constitution est la source - sont normatives⁷¹². Une analogie peut être établie en France à partir des objectifs de valeur constitutionnelle. Ces normes sont, au même titre que les droits prévus par le Préambule de la Constitution de 1946 notamment, des normes constitutionnelles programmatiques⁷¹³. Or, contrairement aux objectifs de valeur constitutionnelle, l'inclusion des normes constitutionnelles programmatiques tirées du Préambule au sein des normes invocables à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité n'a pas fait débat. Ces droits et libertés font partie des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » au sens de son article 61-1. On constate donc, à partir de cet article, une autre distinction au sein des normes programmatiques liée, là encore, à la source de ces normes. Indépendamment de la « *programmaticité* » de la norme, c'est donc bien le support formel de celle-ci qui devient déterminant dans l'appréciation de sa force normative.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Que ce soit en France ou en Italie, l'approche matérielle de la normativité des programmes constitutionnels garde ces dispositions éloignées de la sphère du droit. Cette exclusion est la conséquence du raisonnement qui appréhende la normativité en fonction de la prescription de l'énoncé. La prescription étant liée à la précision de l'énoncé, l'imprécision de la formulation des programmes constitutionnels leur enlève tout caractère prescriptif. Sous cet angle, dépourvu de cet élément matériel, le programme constitutionnel ne peut être normatif.

Néanmoins à l'époque de la crise de la normativité juridique, cette conception restrictive de la normativité devient inapte à rendre compte de la réalité juridique. C'est pourquoi il est intéressant d'ajouter à l'approche matérielle une approche fonctionnelle susceptible de montrer la variation de la teneur normative du droit. La normativité s'appréhende alors non comme un état (celui d'être ou de ne pas être normatif) mais bien comme un processus (celui d'être plus ou moins normatif) lié à la fonction de la norme. Il s'agit de la « *force normative* » qui rend compte de la

⁷¹² On rappelle que la Cour constitutionnelle italienne a refusé toute valeur normative aux normes programmatiques des statuts régionaux. Une explication à cette « *dénormativisation* » réside dans la nature de l'acte source de la norme. Les statuts restant de compétence réservée, devant être en harmonie avec la Charte fondamentale, ils ne pouvaient irradier leur force normative sur les normes programmatiques de la même manière que le fait la Constitution, norme suprême de l'ordonnement juridique italien.

⁷¹³ L'appartenance des objectifs de valeur constitutionnelle à la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques a été démontrée dans la première partie.

gradation de la « normativité » dans laquelle, en dépit de leur imprécision, les dispositions programmatiques s'inscrivent.

Cependant, c'est l'approche formelle de la normativité qui convainc une fois pour toute de la valeur normative des programmes constitutionnels. En effet, cette approche démontre que la formulation programmatique des énoncés constitutionnels n'influe pas sur la possibilité de leur reconnaître valeur normative. D'ailleurs, peu importe leur « programmaticité », puisque tous les énoncés constitutionnels sont normatifs. En revanche, l'analyse a révélé des doutes sur la normativité des énoncés programmatiques non prévus par le texte constitutionnel. Elle a, en outre, montré l'absence de normativité des dispositions programmatiques inscrites dans des textes infra-constitutionnels. La conclusion selon laquelle la source de ces programmes est l'élément qui leur procure la normativité devait donc s'imposer. Les programmes sont normatifs car ils sont formellement constitutionnels. La reconnaissance de la normativité aux énoncés constitutionnels programmatiques implique donc l'existence de « normes » programmatiques et, par conséquent, d'effets juridiques inhérents à toutes les normes constitutionnelles.

CHAPITRE 2

LES EFFETS JURIDIQUES RECONNUS AUX NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

La normativité, liée à la nature constitutionnelle de la source juridique, s'étend à l'ensemble des dispositions que contiennent les Constitutions. Sachant à présent que les programmes constitutionnels font bien partie intégrante du droit, la normativité de ces derniers devrait de ce fait leur permettre de déterminer les conduites humaines, à l'image de toute norme constitutionnelle. Le fait de reconnaître, clairement, l'existence de la normativité des programmes constitutionnels a en effet pour conséquence de faire glisser les effets juridiques positifs que produit ce type de normes vers ceux que génèrent classiquement toutes les normes constitutionnelles. C'est-à-dire que, comme toutes les autres normes constitutionnelles, les normes constitutionnelles programmatiques impliquent un devoir de développement de la Constitution.

En ce sens, ces normes devraient s'imposer à l'ensemble de l'ordonnement juridique qui leur est subordonné. Effectivement, les normes constitutionnelles programmatiques emportent des effets juridiques positifs qui se manifestent d'abord par l'existence d'une obligation pesant sur les pouvoirs publics, législatif et réglementaire, de mettre en œuvre ces programmes afin que les Textes fondamentaux soient appliqués (Section1). Ensuite, comme pour toute obligation contraignante, celle prévue par ces programmes constitutionnels est susceptible d'être sanctionnée en cas de manquement ; autrement dit, en cas d'absence de mise en œuvre de ces normes par les autorités compétentes, en particulier, en cas d'inertie des législateurs français et italien (Section 2).

SECTION 1

L'EXIGENCE DE MISE EN ŒUVRE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES POUR L'APPLICATION DE LA CONSTITUTION

La normativité étant reconnue aux normes constitutionnelles programmatiques, celles-ci doivent, au même titre que toutes normes constitutionnelles, être mises en œuvre. D'autant plus que l'expression « norme constitutionnelle programmatique » donne un aspect finaliste au droit. On sait à ce titre qu'elle renvoie expressément à l'existence d'un programme que les constituants ont inscrit dans les Textes fondamentaux qui se présentent comme la mise en forme d'un nouveau régime à mettre en place⁷¹⁴.

La difficulté liée à la reconnaissance de l'exigence de mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques est alors, non seulement, de déterminer qui, de l'autorité législative ou de l'autorité réglementaire, est compétente pour ce faire (1§), mais aussi, d'identifier la nature de cette compétence. Autrement dit, il s'agit de savoir si l'autorité qui est chargée de mettre en œuvre ces normes est obligée ou simplement habilitée (2§).

1 § – La détermination de l'autorité compétente pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques

Afin de mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques, le législateur français conserve une compétence de principe qui s'étend au détriment de la compétence réglementaire (A). Le constat diffère nécessairement en Italie qui correspond à un État régionalisé⁷¹⁵. Dans ce cas, les compétences normatives se répartissent, d'une part, verticalement, c'est-à-dire entre l'État et les régions et, d'autre part, horizontalement - c'est-à-dire entre l'autorité législative et l'autorité réglementaire (B).

⁷¹⁴ Sur ce point, voir nos développements de la section intitulée « La norme constitutionnelle programmatique au service du régime constitutionnel » dans la première partie de notre thèse, p. 128 et s.

⁷¹⁵ La Constitution italienne du 27 décembre 1947 instaure la régionalisation dont la mise en œuvre commence en 1948 pour les régions à statut spécial et en 1970 pour les régions à statut ordinaire. L'article 5 de la Constitution reconnaît l'autonomie politique des régions en énonçant que « *la République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; elle effectue dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative, elle harmonise les principes et les méthodes de sa législation avec les exigences de l'autonomie et de la décentralisation* ». L'article 131 de la Constitution prévoit limitativement le nombre de régions italiennes. Selon l'article 116, cinq disposent d'un statut spécial. Elles existaient au moment de l'adoption de la Constitution. Ces régions spéciales bénéficient d'une autonomie renforcée et d'un large domaine de compétences, leur statut ayant valeur de loi constitutionnelle. En 1970, les lois portant sur l'élection des conseils régionaux mettent en place les quinze autres régions ordinaires qui bénéficient d'un statut ordinaire.

A – Une compétence législative de principe extensive en France

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, il revient au législateur de fixer les règles relatives aux « *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Cette compétence de principe se justifie, notamment, par le fait que la loi est censée correspondre à l'expression de la volonté générale. Ainsi, méconnaître la loi revient, en quelque sorte, à méconnaître sa propre volonté. L'autorité de la loi paraît donc déjà préservée. En outre, la fidélité de la loi - à l'expression de cette volonté - devrait pouvoir être garantie par la sanction politique à laquelle se risquent les représentants du peuple qui l'auraient trahie. Pour toutes ces raisons, la loi semble devoir être le support premier du développement de la Constitution.

Il convient de préciser que le juge constitutionnel ne limite pas le titre de compétence législative à la lettre de l'article 34 précité. Au contraire, il opère une interprétation large de cette disposition en étendant ce domaine de compétences au gré de ses décisions et d'une lecture croisée avec d'autres dispositions constitutionnelles⁷¹⁶.

Le juge constitutionnel affirme, en outre, cette compétence législative en matière de programmes constitutionnels en interprétant la notion de « *garantie fondamentale* » tirée de l'article 34 - et qui fonde, normalement, la compétence législative de telle manière qu'il ne fait plus aucune référence à une quelconque « *fondamentalité* ». Par exemple, sans faire renvoi à ce caractère fondamental, le Conseil constitutionnel juge, à propos de la norme constitutionnelle programmatique qui est relative aux négociations collectives, que « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer dans le respect des dispositions à valeur constitutionnelle [...] les conditions et garanties de la mise en œuvre* » de ces garanties⁷¹⁷. Une telle lecture affirme donc la place du législateur qui devient compétent pour déterminer, non plus les seules garanties fondamentales, mais les garanties nécessaires à l'exercice d'une liberté.

Il s'ensuit que l'intervention du législateur n'est plus limitée aux seuls domaines prévus par l'article 34 de la Constitution. Elle n'est même plus restreinte aux seules garanties fondamentales nécessaires à l'exercice d'une liberté publique. Plus encore, elle n'est pas conditionnée par l'existence d'une liberté publique - pourtant visée par l'article 34. En effet, si le Conseil constitutionnel a pu vérifier que la disposition législative dont il était saisi touchait bien une

⁷¹⁶ Le Conseil constitutionnel affirme d'ailleurs, en parlant du domaine de compétence législative, que « *ce domaine est déterminé non seulement par l'article 34 mais aussi par d'autres dispositions de la Constitution* ». Cons. const., décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Retraite des marins du commerce*, Rec. p. 75.

⁷¹⁷ Cons. const., décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Négociation collective*, Rec. p. 128.

« liberté publique »⁷¹⁸, sa jurisprudence démontre qu'il a aussi ouvert la compétence du législateur à d'autres garanties constitutionnelles qui dépassent les libertés entendues au sens strict. De cette manière, le juge constitutionnel permet au législateur d'intervenir pour des libertés, mais aussi pour d'autres garanties constitutionnellement prévues tels que des droits créances ou des objectifs. Autrement dit, pour des garanties qui correspondent à des normes constitutionnelles programmatiques.

Au sein même de ces libertés prévues par l'article 34 sont aussi visés les principes fondamentaux du droit du travail ainsi que du droit syndical : lesquels, on le sait, supportent de telles normes. Or, par exemple, le Conseil constitutionnel affirme clairement qu'« *il appartient au législateur de fixer les conditions et garanties de la mise en œuvre de ces dispositions à valeur constitutionnelle* »⁷¹⁹. De même, après que les requérants aient soulevé le fait que « *la garantie du respect d'exigences de valeur constitutionnelle, telle que la sécurité matérielle des vieux travailleurs proclamée par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ne saurait être abandonnée à la compétence* » réglementaire, le Conseil constitutionnel introduit dans le domaine d'intervention du législateur la garantie des régimes d'aide sociale au même titre que les régimes de sécurité sociale⁷²⁰.

La compétence de principe du législateur en matière de normes constitutionnelles programmatiques est clairement affirmée par le juge constitutionnel, notamment à partir du droit à la santé prévu par le onzième alinéa du Préambule et de l'objectif de valeur constitutionnelle relatif à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent. Dans l'un et l'autre de ces cas, là encore, aucun titre de compétence n'est expressément prévu. Il est vrai que l'objectif de valeur constitutionnelle est par définition mis en œuvre par le législateur. Le Conseil constitutionnel rappelle, toutefois, ce titre de compétence pour la détermination des garanties et des conditions de mise en œuvre⁷²¹. La chose est différente pour l'alinéa 11 du Préambule de 1946 qui ne prévoit pas un titre de compétence particulier. Aux termes de cette disposition, « *la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé...* ». Or, le Conseil constitutionnel précise sans ambiguïté qu'il appartient au législateur de déterminer les conditions de mise en œuvre de ces garanties⁷²².

⁷¹⁸ Par exemple, la Radiodiffusion Télévision française concerne la communication des idées et des informations, le Conseil constitutionnel justifie donc la compétence législative en précisant que cet objet « *intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34* ». Cons. const., décision n° 64-27 L du 17 mars 1964, *Rec.* p. 33.

⁷¹⁹ Cons. const., décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Négociation collective*, *op. cit.*

⁷²⁰ Cons. const., décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Prestation spécifique dépendance*, *Rec.* p. 23.

⁷²¹ Cons. const., décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*, *Rec.* p. 176.

⁷²² Cons. const., décision n° 93-330 DC du 29 décembre 1993, *Loi de finances 1994*, *Rec.* p. 572.

La compétence législative ne cesse donc de croître et devient le principe en matière de normes constitutionnelles programmatiques. Pourtant, initialement, la Constitution répartit les compétences normatives en deux : attribuant à la loi ce qui ne relève pas du règlement, c'est-à-dire de l'article 37 de la Constitution. Si bien que cette immixtion de la loi dans des domaines non prévus initialement par le texte fondamental témoigne non plus d'une répartition des compétences normatives, mais plutôt d'une concurrence pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques. Le Conseil constitutionnel affirme d'ailleurs qu'il appartient « *tant au législateur qu'au gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives* » les conditions de « mise en œuvre » des normes constitutionnelles⁷²³.

Pourtant, traditionnellement, sont de la compétence législative les mesures qui mettent en cause une garantie constitutionnelle. Seule la loi peut porter atteinte à un principe constitutionnel. Inversement, les mesures qui ne mettent pas en cause une garantie constitutionnelle relèvent en principe du domaine réglementaire⁷²⁴. Dans cette logique, lorsque les normes constitutionnelles programmatiques - dont l'application est par définition conditionnée par une intervention normative - ne prévoient pas expressément un titre de compétence pour le législateur⁷²⁵, leur mise en œuvre devrait relever du pouvoir réglementaire et seule leur mise en cause serait de la compétence du pouvoir législatif. Toutefois, il ressort de la jurisprudence que le législateur est le

⁷²³ Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Couverture des non-salariés agricoles*, Rec. p. 145.

⁷²⁴ C'est par exemple ce que juge le Conseil constitutionnel énonce en considérant « *qu'il résulte des articles 34 et 37 alinéa 1^{er} de Constitution, que les dispositions de la procédure à suivre devant les juridictions relèvent de la compétence règlementaire dès lors qu'elles ne concernent pas la procédure pénale et qu'elles ne mettent pas en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi* ». Cons. const., décision n° 88-157 L du 10 mai 1988, Rec. p. 56. Ainsi, la mesure visant à instituer une Commission nationale du débat public relève de la compétence législative car elle met en cause le principe fondamental de libre administration des collectivités locales. Mais l'organisation de cette Commission, sa composition notamment, ne met pas cause ce principe fondamental ni aucun principe qui, selon l'article 34 de la Constitution, relève de la compétence législative. Elle correspond plutôt une mise en œuvre. Or, il revient au règlement la détermination des modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux posés par le législateur. Par conséquent, le Conseil constitutionnel estime que l'organisation de cette Commission relève du pouvoir réglementaire Cons. const., décision n° 99-184 L du 18 mars 1999, Rec. p. 65. Cons. const., décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Egalité entre Français et étrangers*, Rec. p. 33 ; Cons. const., décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec. p. 11 ; Cons. const., décision n° 92-304 DC du 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, Rec. p. 18 ; Cons. const., décision n° 01-450 DC du 11 juillet 2001 *DDOSEC*, Rec. p. 82. Cette répartition des compétences entre la loi et le règlement suivant que le principe constitutionnel soit respectivement mis en cause ou mis en œuvre a fait l'objet de nombreux commentaires de la part de la doctrine. Pour ne citer que lui, M. de Villiers remarque que « *la jurisprudence a appliqué avec constance la distinction entre les dispositions mettant en cause les règles ou les principes fondamentaux d'une matière déterminée et les dispositions les mettant en œuvre. Les premières sont de la compétence du pouvoir législatif, les secondes sont de la compétence du pouvoir réglementaire* ». DE VILLIERS (M.), « La jurisprudence de "l'état de la législation antérieure" », *AJDA*, 1980, 7-8, p. 387 et s.

⁷²⁵ Par exemple, l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit un titre de compétence pour le législateur, lequel doit prévoir les modalités d'application du droit de grève. Pour autant, en France, dans la majorité des cas, les normes constitutionnelles programmatiques ne visent pas expressément le législateur en le chargeant de déterminer les conditions de leur mise en œuvre.

plus souvent reconnu par le Conseil constitutionnel comme l'autorité chargée de mettre en œuvre ces programmes. Par exemple, s'agissant de la norme constitutionnelle programmatique prévue au huitième alinéa du Préambule relatif à la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, le juge déclare qu'il revient au législateur de déterminer « *les conditions de leur mise en œuvre* »⁷²⁶. De même, pour ce qui est de l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque prévu par l'alinéa 13, c'est au législateur qu'il incombe de « *définir les conditions* » de sa mise en œuvre⁷²⁷. En matière de garantie des conditions nécessaires au développement de l'individu et de la famille, de la protection de la santé, de la sécurité matérielle, du repos et du loisir prévus aux alinéas 10 et 11 du Préambule, le juge constitutionnel estime de même qu'il revient au pouvoir législatif de déterminer « *les modalités de leur mise en œuvre* »⁷²⁸ ou de déterminer les conditions d'application de ces normes⁷²⁹.

Il appartient, toutefois, toujours au pouvoir réglementaire de déterminer les « *mesures d'application des règles posées par le législateur* »⁷³⁰. Le règlement trouve ainsi son champ d'intervention dans la faculté qui est sienne de préciser les mesures d'application déterminées par la loi. Ce qui, au demeurant, est une compétence non négligeable dans un contexte normatif où les lois sont accusées d'être trop souvent « bavardes »⁷³¹. En outre, une évolution dans la jurisprudence constitutionnelle démontre que le Conseil sanctionne les immixtions du législateur dans le domaine du règlement en procédant à une délégalisation préventive⁷³². Ainsi, si la compétence réglementaire en matière d'application de la Constitution reste encore résiduelle face à l'extension de la compétence législative, elle existe toujours.

La question de l'identification de l'organe devant mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques se pose en termes différents en Italie. S'il faut, là encore, déterminer qui du pouvoir législatif ou réglementaire détient la compétence pour concrétiser ces normes, il convient aussi de prendre en compte la répartition verticale des compétences normatives inhérente à la spécificité de la forme régionale de l'État. D'autant que l'autonomie législative des régions a été revisitée en 2001, redistribuant ainsi les domaines législatifs entre l'État et les régions.

⁷²⁶ Cons. const., décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1979, *Emploi des jeunes*, Rec. p. 35.

⁷²⁷ Cons. const., décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Révision de la loi Falloux*, Rec. p. 9.

⁷²⁸ Cons. const., décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Amendement Seguin*, Rec. p. 13 ; Cons. const., décision n° 05-514 DC du 28 avril 2005, *Registre international français*, Rec. p. 78.

⁷²⁹ Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *op. cit.*

⁷³⁰ Cons. const., décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec. p. 82.

⁷³¹ Voir notamment MAZEAUD (P.), « Vœux du Président du Conseil constitutionnel », CCC, n° 18, 2005, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁷³² Cons. const., décision n° 05-512 DC du 21 avril 2005 précitée.

B – Répartition verticale et répartition horizontale de la compétence normative en Italie

Une des particularités de la Constitution italienne - qui la distingue de la Constitution française - tient dans le mode de formulation des garanties constitutionnelles et notamment des droits et libertés. On trouve, en effet, beaucoup plus fréquemment dans les dispositions constitutionnelles italiennes que dans les dispositions constitutionnelles françaises, un type d'énoncé que la doctrine a appelé « *riserva di legge* »⁷³³. Les normes constitutionnelles programmatiques soumises à une réserve de loi⁷³⁴ sont alors conditionnées par une technique qui confie expressément à la seule compétence législative le soin de garantir leur exécution⁷³⁵. Dans ce cas, le législateur bénéficie d'une large marge d'appréciation pour déterminer les modalités d'application de la norme constitutionnelle programmatique.

Toutefois, les formulations de programmes constitutionnels ne correspondent pas toujours à une réserve de loi. Certaines, notamment en matière de principes fondamentaux, confient leur concrétisation à des autorités dont l'identification est moins déterminée. Il en est notamment ainsi des dispositions qui attribuent la mise en œuvre d'un programme non pas à une autorité normative mais, plus généralement, à la « République ». Il s'agit, par exemple de l'article 3, alinéa 2, de la Constitution italienne aux termes duquel « *il appartiene alla Repubblica d'ecartare gli ostacoli d'ordine economico e sociale che, limitando nei fatti la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, si oppongono al pieno sviluppo della persona umana e alla partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese* ». Dans ce cas, l'indétermination du destinataire de la norme pourrait conduire à une interprétation de type négatif. En ce sens, l'absence de précision quant à l'identification de l'autorité habilitée à mettre en œuvre la norme constitutionnelle programmatique implique que se posera un problème de répartition de compétences. Cependant, elle conduit aussi à une interprétation de type positif : de cette manière, cette norme ne s'adresse pas uniquement au législateur, mais à l'ensemble des sujets de l'État. En ce sens, par le mot « République » il faut comprendre « *l'ensemble de toutes les activités et fonctions soit de l'État soit des Régions et des autres entités publiques* »⁷³⁶. Les

⁷³³ Réserve de loi.

⁷³⁴ TREMEAU (J.), *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*. PUAM, Economica, Paris-Aix-en-Provence, 1997.

⁷³⁵ ESCARRAS (J.-C.), *La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève*, *op. cit.*, p. 40. En France, seules quelques dispositions constitutionnelles prévoient expressément l'intervention législative pour mettre en œuvre une garantie constitutionnelle. C'est le cas par exemple de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel il incombe au législateur de prévoir les modalités d'exercice du droit de grève. C'est aussi le cas de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes duquel « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Mais ces formulations réservant la compétence normative au législateur restent minoritaires par rapport au nombre de réserves de loi que compte la Constitution italienne.

⁷³⁶ CRISAFULLI (V.), « *Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche"* », *op. cit.*, p. 372, note n° 15.

possibilités de mises en œuvre de la norme constitutionnelle programmatique qui seraient assignées à l'ensemble des forces politiques et juridiques et non pas uniquement à l'autorité législative seraient donc, *a priori*, optimisées.

Comme le signale G. Zagrebelsky, « *le mécanisme de production du droit centré sur la seule loi du Parlement national était insuffisant pour régler les secteurs particuliers de la vie sociale* »⁷³⁷ de la péninsule. La Constitution italienne prévoit, en effet, des sources d'adoption de la loi qui sont différentes des chambres du Parlement. En ce sens, l'article 117 de la Constitution prévoit que l'intervention normative de mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques peut relever non plus de l'État mais des régions⁷³⁸. Il s'agit de la répartition verticale des compétences normatives. Elle peut également relever - par le truchement du législateur - du gouvernement. C'est là la répartition horizontale des compétences normatives. Dans ces conditions, la loi prend la forme soit d'une « *norme partagée* »⁷³⁹, soit d'une « *norme déléguée* »⁷⁴⁰.

L'article 117 précité prévoit une réserve de loi pour l'État en lui attribuant l'exclusivité de la compétence pour « *la détermination des niveaux essentiels des prestations relatives aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national* »⁷⁴¹. Or, il est acquis maintenant que les droits qui prévoient une prestation que l'État doit garantir correspondent à des normes constitutionnelles programmatiques. Ainsi, cet énoncé sur les compétences exclusives de

⁷³⁷ ZAGREBELSKY (G.), *Diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, vol. I, Torino, 2^{ème} éd., 1991, p. XI.

⁷³⁸ L'article 117 de la Constitution italienne prévoit d'une part que « *l'État dispose d'une compétence législative exclusive dans les matières suivantes : ...* » ; d'autre part que « *les Régions exercent le pouvoir législatif dans toute matière non expressément réservées à la compétence législative de l'État* ». Précisions enfin, sans développer, que l'article 117 prévoit aussi « *une compétence législative concurrente* » pour des matières énumérées par cette disposition. Pour une étude des compétences législatives régionales depuis la réforme du Titre V de la Constitution italienne, voir notamment BIN (R.), « *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione della materie di competenza regionale* », *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del titolo V, Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, p. 297 et s. ; BIN (R.), « *Il nuovo riparto di competenze legislative : un primo, importante chiarimento* », *Le Regioni*, 2002, p. 365 et s.

⁷³⁹ La loi est partagée entre l'État et les Régions. BAUDREZ (M.), *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, PUAM, Economica, 1994, p. 38.

⁷⁴⁰ La loi peut être déléguée au Gouvernement. *Ibid.* Aux termes de l'article 114 de la Constitution italienne, la République de la péninsule se compose de « *collectivités autonomes* » qui ont des « *pouvoirs et fonctions qui leur sont propres* ». Article 114 de la Constitution italienne modifié par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 portant « *Modifications du Titre V de la deuxième partie de la Constitution* ». Parmi ces pouvoirs, il y a celui de légiférer que les Régions exercent dans le respect de la Constitution. L'article 117 attribue effectivement une compétence législative de principe aux Régions, l'État détenant seulement un domaine déterminé de compétences pour des matières limitativement énoncées par cette disposition. De cette manière, une autonomie législative est reconnue aux Régions italiennes. Le domaine de la loi n'est donc pas exclusivement réservé au pouvoir législatif national, mais, au contraire, réparti entre l'État et les Régions. C'est pourquoi la loi apparaît comme étant une « *norme partagée* ».

⁷⁴¹ Premier alinéa de l'article 117 lettre m) de la Constitution italienne. Sur cette disposition en particulier, voir GUIGLIA (G.), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Università degli Studi di Verona, CEDAM, Padova, 2007, p. 1 et s.

l'État - que celui-ci doit assurer sur l'ensemble du territoire national - implique que le législateur étatique est compétent pour garantir le maintien d'une uniformité adéquate de traitement sur le plan des droits des individus.

Cette réserve de loi peut d'ailleurs être qualifiée de renforcée pour les matières qui relèvent de la lettre m) de cet article. La Cour constitutionnelle italienne a ainsi interprété cette disposition comme attribuant une compétence transversale à l'État qui lui permet de légiférer dès qu'il est question de la détermination de niveaux essentiels de prestations de droits civils et sociaux⁷⁴². Elle considère donc que, bien que les matières pour lesquelles l'État est habilité à légiférer sont listées par cette disposition constitutionnelle, ce travail de détermination n'est pas une matière mais un titre de compétence pour intervenir dans toutes les matières⁷⁴³.

Une des raisons pour lesquelles la Cour a reconnu cette compétence transversale à l'État en matière de garantie des niveaux essentiels de prestation tient dans la volonté de préserver l'égalité entre les individus et, surtout, entre les territoires locaux. Ainsi, dans sa décision n° 88 de 2003, la Cour considère que « *l'insertion dans le second alinéa de l'article 117 du nouveau Titre V de la Constitution dans les matières de compétence législative exclusive de l'État de la "détermination des niveaux essentiels des prestations relatifs aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national"* attribue au législateur étatique un instrument fondamental pour garantir le maintien d'une uniformité adéquate de traitement sur le plan des droits de tous les individus »⁷⁴⁴. En attribuant à la législation exclusive de l'État la matière relative à la « détermination des niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et politiques », cette disposition constitutionnelle se destine donc à assurer la protection du principe d'égalité devant la loi « sur tout le territoire »⁷⁴⁵. Autrement dit, le constituant reconnaît que l'uniformisation à laquelle correspondait la législation régionale est dépassée. Il prend ainsi acte d'une possible rupture de l'égalité entre les citoyens à l'intérieur de chaque région mais aussi entre les territoires régionaux. Si, dans le premier cas, l'article 3 de la Constitution interdisant les discriminations entre individus peut permettre d'assurer cette égalité, il ne peut en revanche la garantir entre les régions et ceci d'autant qu'une forte différence socio-économique est traditionnellement relevée entre le Nord et le Sud de l'Italie. À cet égard, la lettre m) de l'alinéa 2 de l'article 117 constitue donc une garantie de droit unitaire et sociale pour les citoyens.

Associée au principe de solidarité et au principe d'égalité prévus respectivement aux articles 2 et 3 alinéa 2 de la Constitution italienne, cette disposition élargit le champ de la compétence

⁷⁴² Corte cost., sent., n° 282 du 26 juin 2002, *Giur. cost.*, p. 2012.

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ Corte cost., sent. n° 88 du 13 mars 2003, *Giur. cost.*, p. 700.

⁷⁴⁵ Corte cost., sent., n° 88 de 2003 précitée ; Corte cost., sent., n° 303 du 1^{er} octobre 2003, *Giur. cost.*, p. 2675.

législative étatique. D'ailleurs, les niveaux essentiels de prestations, auxquels fait référence l'article 117 second alinéa lettre m) de la Constitution, correspondent à l'expression supplémentaire du principe d'égalité substantielle qui est déjà prévue au second alinéa de l'article 3 de la Constitution et qui est réalisée grâce aux instruments de péréquation prévus à l'article 2 de la Constitution relatif au principe de solidarité⁷⁴⁶. Aux termes de cet article 3, il appartient à la République d'écartier les obstacles économiques et sociaux qui limitent l'égalité des citoyens. La lettre m) de l'article 117 renforce ainsi cette garantie en attribuant un titre de compétence transversale à l'État pour assurer l'égalité inter-régionale des citoyens. Par conséquent, il est possible de voir dans cette dernière une réserve de loi renforcée en matière de détermination du niveau essentiel de prestations⁷⁴⁷, laissant entre les mains du législateur national la compétence pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques sur l'ensemble du territoire⁷⁴⁸.

Toutefois, dans l'exercice de la compétence législative, l'autonomie régionale doit être garantie, ce que permettent les principes de subsidiarité et de collaboration loyale prévus au Titre V de la Constitution⁷⁴⁹. Ces deux procédés mis à part, la Cour constitutionnelle consent à une « invasion » de la part du législateur étatique dans les compétences régionales. La formule prévue à la lettre m) semble finalement devoir s'interpréter comme une compétence que le législateur constituant de 2001 a entendu réserver au pouvoir législatif national et non à toute la République. Ce qui ne doit toutefois pas signifier que la compétence normative des Régions leur a été retirée. Au contraire, si les normes constitutionnelles programmatiques relatives aux matières dont les régions ont la compétence sont d'abord mises en œuvre par la loi étatique, par la suite, elles devront être précisées et articulées par les régions selon les spécificités locales⁷⁵⁰. La Cour constitutionnelle refuse, à cet égard, que les autorités régionales soient privées de l'exercice de leur compétence. Elle juge ainsi constitutionnelle la loi étatique qui met en œuvre le droit à la santé lorsqu'elle ne limite pas le pouvoir législatif régional en prévoyant toute la réglementation de la matière⁷⁵¹. Elle

⁷⁴⁶ GUIGLIA (G.), *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴⁷ Voir GUIGLIA (G.), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali...*, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴⁸ Une analyse allant dans le même sens peut être faite à partir d'une lecture croisée de la lettre m) de l'article 117 et de l'article 2 relatif au principe de solidarité, ainsi que de l'article 3 alinéa 2 expression de l'égalité substantielle à garantir. Or, à la lumière de ces dispositions, le niveau essentiel de prestation garanti par l'article 117 précité correspond, en fin de compte, à l'expression de ces principes d'égalité et de solidarité.

⁷⁴⁹ Article 120 dernier alinéa de la Constitution italienne. DI SOMMA (C.), *I livelli essenziali delle prestazioni nell'art. 117, comma 2° lett.m) della Costituzione in relazione al diritto alla salute*, Thèse, Tesaro (P.) (sous la direction de), Naples, 2008, p. 126. Voir par exemple *Corte cost., sent. n° 134 du 31 mars 2006, Giur. cost.*, p. 1249 et *Corte cost., sent. n° 162 du 8 mai 2007, Giur. cost.*, p. 1515, où la Cour impose l'application du principe de coopération loyale.

⁷⁵⁰ *Corte cost., sent. n° 88 du 13 mars 2003 précitée.*

⁷⁵¹ Dans le même sens, mais concernant le droit à l'environnement, voir notamment *Corte cost., sent. n° 407 du 26 juillet 2002, Giur. cost.*, p. 2940. Il est possible ici de faire un rapprochement avec le principe de subsidiarité prévu à l'article 118 de la Constitution. La Cour précise en effet que ce principe, qui ne vise initialement que les compétences administratives, concerne aussi les compétences législatives. Selon elle, la

considère en revanche inconstitutionnelle la loi étatique mettant en œuvre le droit à la santé selon laquelle « *le ministre de la santé prévoit que la mesure sera adoptée "après consultation de la Conférence permanente des relations entre l'État, les Régions et les Provinces autonomes" plutôt que "sous réserve d'accord avec la Conférence permanente des relations entre l'État, les Régions et les Provinces autonomes" »*⁷⁵².

La mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques est donc partagée entre le pouvoir législatif de l'État et celui des Régions suivant des modalités complexes articulées notamment par l'article 117 de la Constitution italienne. Elle peut aussi revenir au pouvoir réglementaire, même lorsque c'est en principe au législateur d'intervenir. En ce sens, la loi peut aussi être une « norme déléguée »⁷⁵³.

Les articles 76 et 77 de la Constitution disposent respectivement, d'une part, que « *l'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au Gouvernement que si les principes et critères directeurs en sont établis et seulement pour une durée limitée et pour des objets définis* » et, d'autre part, que « *sans délégation des Chambres, le Gouvernement ne peut adopter de décrets ayant la valeur d'une loi ordinaire...* ». Nous le voyons, la Constitution pose les conditions pour que le Gouvernement puisse prendre des actes ayant force de loi. Ce qui implique que, dans certaines conditions, le Parlement peut déléguer l'exercice de sa fonction législative au Gouvernement. De cette manière, le pouvoir exécutif intervient momentanément dans le domaine de la loi. Les actes qu'il prend ont la forme de décrets législatifs : actes juridiques ayant force de loi. Grâce à ces derniers, le Gouvernement outrepassa son domaine de compétence normative et étend donc ses facultés pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles.

Pareille délégation ne remet pas en cause le principe de la séparation des pouvoirs. Assurément, la Constitution n'attribue pas au Gouvernement un pouvoir général de légiférer, mais seulement la possibilité de réglementer certaines matières pour lesquelles l'adoption d'une loi serait en réalité difficile. Le recours aux décrets législatifs contribue en ce sens, lorsqu'il a lieu, à l'optimisation de la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques⁷⁵⁴. En outre, le Parlement

logique de ce principe implique de laisser à l'État l'exercice de la compétence si un autre échelon n'est pas en mesure de remplir cette tâche. Voir les décisions de la Cour constitutionnelle n° 303 du 1^{er} octobre 2003 précitée et n° 6 du 13 janvier 2004, *Giur. cost.*, p. 105. Plus tard, saisie par le Gouvernement au sujet de la légitimité de lois régionales relatives à la protection de l'environnement, la Cour rappelle que les Régions sont tenues au respect des principes fondamentaux de l'ensemble de la discipline nationale de la matière en question, l'État devant toutefois consulter les Régions avant de légiférer. *Corte cost., sent.* n° 62 du 29 janvier 2005, *Giur. cost.*, p. 562.

⁷⁵² *Corte cost., sent.* n° 134 du 31 mars 2006, *op. cit.*

⁷⁵³ Pour une étude détaillée, voir notamment la thèse de M. Baudrez précitée, p. 37 et s.

⁷⁵⁴ En effet, il convient remarquer que les décrets-lois pris au titre de l'article 77 de la Constitution sont de plus en plus nombreux, passant de 29 durant la première législature à 124 durant la 6^{ème} puis 167 durant la 7^{ème} et 477 durant la 8^{ème}. Voir BASILIEN GAINCHE (M.-L.), « Le modèle européen de démocratie parlementaire serait-il gouvernemental ? », *Constitution, pouvoirs et contrepouvoirs*, VIIe Congrès de l'Association

garde un contrôle sur la compétence du Gouvernement en édictant une loi de délégation qui détermine la matière pour laquelle le Gouvernement prendra le décret législatif. Il en résulte que seule la volonté du Parlement donne à ces actes gouvernementaux une valeur législative. Toutefois, à travers les décrets législatifs, le gouvernement exerce bien également une compétence législative mettant en œuvre la Constitution.

Finalement, des deux côtés des Alpes, s'il revient de préférence au pouvoir législatif la charge de garantir les normes constitutionnelles programmatiques, le pouvoir réglementaire possède lui aussi une compétence en matière de mise en œuvre de ces normes et, plus généralement, de la Constitution. Le législateur et le gouvernement se partagent donc cette mission, même si le premier conserve une compétence de principe dans l'attribution des garanties prévues par les normes constitutionnelles programmatiques et accordées aux citoyens. Prévu par la Constitution, ces interventions normatives n'ont pourtant pas systématiquement lieu. C'est pourquoi, la nature de ces interventions reste à déterminer. Il s'agit ici de savoir si le titre de compétence que prévoient les normes constitutionnelles programmatiques correspond à une obligation ou bien à une simple faculté.

2 § – La détermination de la nature de la compétence pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques : entre faculté et obligation

Poser la question de savoir s'il existe une obligation de légiférer, c'est aussi aborder l'hypothèse de l'omission du législateur. Nous verrons que la réponse diffère selon que l'on adopte la conception « obligationnelle » de l'omission ou bien la conception « normative »⁷⁵⁵. Déterminer si l'autorité normative *doit* ou *peut* mettre en œuvre la garantie constitutionnelle ne va, en effet, pas de soi. Si, nous le verrons, la nature obligatoire de la compétence est « logiquement nécessaire » lorsqu'il s'agit de dispositions à contenu programmatique (A), l'application d'une sanction au législateur qui ne légifère pas rencontre tout de même plusieurs obstacles (B). Enfin, en adoptant une conception « normative » de l'abstention du législateur, il est finalement possible d'admettre

française de droit constitutionnel, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/BasilienTXT.pdf>, p. 9.

⁷⁵⁵ L'omission du législateur peut être interprétée suivant une conception « obligationnelle » (ou « volontariste ») ou bien suivant une approche « normative ». RIBES (D.), « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC*, n° 3, 1999, p. 237 et s. Dans le premier cas, l'absence de loi correspondrait au non-accomplissement d'une obligation de légiférer. Toutefois, cette approche ne peut satisfaire s'il n'existe pas d'obligation de légiférer mise à la charge du législateur. En revanche, suivant la conception normative de l'omission, l'absence de loi ne correspond pas à un manquement mais, en quelque sorte, à une norme négative. En ce sens, cet acte d'omission a une signification juridique, comme, par exemple, celle de ne pas changer l'état du droit applicable. Dans ce cas, ce n'est plus sur un manquement à une obligation de légiférer que pèse la sanction, mais c'est la norme qui correspond à l'absence d'intervention législative qui pourrait être visée par le juge constitutionnel.

l'existence d'une sorte d'obligation qui pèse sur le législateur lorsqu'il met en œuvre une norme constitutionnelle programmatique (C).

A – Une obligation de légiférer « logiquement nécessaire » en cas de dispositions à contenu programmatique

Comme l'écrivait le Doyen Favoreu au sujet de l'inertie du législateur au regard du principe de laïcité, « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige »⁷⁵⁶. En ce sens, les lois doivent être adoptées pour permettre le respect de la Charte fondamentale. Pourtant, les Constitutions française et italienne ne paraissent pas exiger impérativement du législateur qu'il légifère. Elles déterminent plutôt des domaines de compétences dans lesquels le législateur intervient⁷⁵⁷. D'ailleurs, alors qu'il avait l'occasion de se prononcer sur la nature obligatoire ou seulement facultative du titre de compétence attribué au législateur par l'article 3 dernier alinéa de la Constitution française - selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »⁷⁵⁸ - le Conseil constitutionnel s'est contenté d'affirmer que cette disposition appelle bien le législateur à intervenir pour la mettre en œuvre⁷⁵⁹.

La question de savoir s'il existe une obligation de légiférer à la charge du législateur se pose particulièrement lorsqu'il s'agit des dispositions programmatiques des Constitutions. Celles-ci, de nature téléologique, énoncent en effet clairement que les droits - comme le droit à l'emploi ou le droit de grève - et les finalités - comme la solidarité - réclament l'intervention législative pour leur mise en œuvre. Toutefois, elles ne l'exigent pas expressément. Dire qu'une garantie s'exerce « dans le cadre des lois qui le règlementent » ou « dans les conditions prévues par la loi » ; ou encore que la « loi détermine » ses modalités d'exercice, ce n'est pas véritablement obliger le législateur à légiférer. C'est seulement l'habiliter à intervenir⁷⁶⁰. Ce qui revient à lui reconnaître

⁷⁵⁶ FAVOREU (L.), « Une loi ! Le respect de la Constitution l'exige », *Le Monde*, 5 décembre 2003.

⁷⁵⁷ En ce sens, J.-M. Garrigou-Lagrangé précise que l'article 34 de la Constitution française « détermine un champ de compétences réservé au législateur, mais il ne comporte aucune disposition l'obligeant à légiférer (...) ». C'est pourquoi, pour l'auteur, il n'est pas obligatoire mais seulement « loisible au législateur d'intervenir sur telle ou telle matière figurant dans l'article 34 ou de la laisser en friche ou encore de maintenir en l'état la législation existante ». GARRIGOU-LAGRANGÉ (J.-M.), « L'obligation de légiférer », *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 305 et s., spécialement p. 307.

⁷⁵⁸ Dernier alinéa de l'article 3 issu de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999.

⁷⁵⁹ Cons. const., décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, *Rec.* p. 84.

⁷⁶⁰ Sur la notion d'habilitation, voir TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*

simplement une faculté de légiférer pour mettre en œuvre les garanties que prévoient les normes constitutionnelles programmatiques⁷⁶¹.

Par exemple, que ce soit en France ou en Italie, le législateur s'est abstenu de prendre les mesures permettant de mettre en œuvre le droit de grève, alors que celui-ci prévoit expressément l'intervention du législateur pour organiser ses conditions d'exercice. Pourtant, le Conseil constitutionnel français affirme en 1979 l'exclusivité de la compétence législative pour mettre en œuvre cette norme constitutionnelle programmatique⁷⁶². En 1982, il juge que, pour permettre l'exercice de ce droit, il appartient au législateur de « *tracer avec précision une limite séparant les actes et comportements licites de ceux qui ne le sont pas* »⁷⁶³. La manière dont le Conseil constitutionnel insiste sur la compétence du législateur a alors conduit la doctrine à considérer qu'« *il l'a expressément invité à le faire* »⁷⁶⁴.

Confronté à l'inertie du législateur, le Conseil constitutionnel, refusant que le pouvoir réglementaire puisse être subsidiairement compétent, considère qu'il revient au juge ordinaire de préciser les conditions d'application du droit de grève. En ce sens, en cas de carence du législateur pour mettre en œuvre le droit de grève, « *il appartient alors au juge de suppléer au silence de la loi et, par des décisions d'espèce, d'en déterminer la signification juridique et les conditions d'application* »⁷⁶⁵. Il en est de même en Italie où la Cour constitutionnelle estime qu'en l'absence de disposition législative déterminant les conditions d'exercice du droit de grève prévu à l'article 40 de la Constitution, il revient au juge ordinaire la charge d'assurer son application⁷⁶⁶. En effet, face au silence de la loi, le juge constitutionnel a confié au juge ordinaire le soin de concilier le droit de grève et l'initiative économique privée. En l'occurrence, le législateur italien n'avait proposé aucune conciliation de ces intérêts divergents. La Cour constitutionnelle ne s'est pas

⁷⁶¹ Sur ce raisonnement appliqué au droit de grève en particulier, voir TERNEYRE (PH.), « Alinéa 7 », *Le Préambule de la Constitution de 1946*, CONAC (G.), PRÉTOT (X.), TEBOUL (G.) (sous la direction), Paris, Dalloz, 2001, p. 169 et s., spécialement p. 173.

⁷⁶² Cons. const., décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Grève à la radio et à la télévision*, *Rec.*, p. 33. Cette solution a été confirmée par la jurisprudence constitutionnelle ultérieure. Par exemple, Cons. const., décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *Rec.*, p. 48.

⁷⁶³ Cons. const., décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Irresponsabilité pour fait de grève*, *Rec.*, p. 61.

⁷⁶⁴ DUGRIP (O.), « Les conditions de la soumission des entreprises publiques au service minimum en cas de grève », *JCP Cah. Dr. Entr.*, n° 3, juin 1989, p. 11 et s., spécialement p. 14.

⁷⁶⁵ JEZE (G.), note sous CE 4 février 1944, *Guieysse*, *RDP*, 1944, p. 159, cité par M. Clapié, in *De la consécration des principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, *op. cit.*, p. 340. Par la suite, le Conseil d'Etat a considéré qu'en l'absence de loi applicable, il appartient au gouvernement et, notamment, aux chefs de services, de prendre l'initiative de réglementer l'exercice de la grève dans les services publics. CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec. Lebon* p. 426.

⁷⁶⁶ *Corte cost.*, sent. n° 31 du 17 mars 1969, *Giur. cost.*, p. 410. Le législateur et le juge ordinaire sont appelés à donner application directe et immédiate aux dispositions constitutionnelles. « *Le premier avec des interventions normatives spécifiques, les seconds – en l'absence d'une activité législative positive – avec l'utilisation de différentes techniques interprétatives qui pourront combler les éventuelles omissions législatives* ». MARCENO (V.), « La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore : verso nuove tecniche decisorie », *Giur. Cost.*, 2000, tome 2, p. 1958 et s. spécialement p. 1992.

substituée à l'inertie du législateur, mais a demandé au juge ordinaire de trouver un équilibre entre les droits constitutionnellement protégés applicables concrètement selon les cas d'espèces. Elle juge ainsi que « *le devoir confié à la Cour ne peut aller au-delà de la détermination du critère général, lequel est déduit de l'interprétation systémique de l'article 40 de la Constitution. Il revient au juge de procéder à l'application du critère aux cas concrets* »⁷⁶⁷. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle italienne va, elle aussi, dans le sens de l'existence d'une simple faculté de légiférer et non d'une obligation qui incomberait au législateur de mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques.

Selon la thèse opposée, ces normes devraient correspondre à des obligations de légiférer et non à une faculté. D'abord parce que l'usage du mode indicatif dans les dispositions traduit habituellement en droit une obligation. Ce qui justifierait que les énoncés programmatiques du type « la loi favorise... » soient interprétés comme des dispositions mettant à la charge du législateur l'obligation de légiférer. Cela d'autant que le juge constitutionnel français a affirmé, au sujet de la compétence législative, que « *dans l'exercice de cette mission, le législateur doit assurer la garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle* »⁷⁶⁸.

Ensuite, dès lors qu'il est délicat de trancher entre obligation ou faculté de légiférer, il est possible de s'accorder sur le fait qu'une mesure législative peut être indispensable pour appliquer une norme constitutionnelle programmatique. Toutes les normes constitutionnelles n'appellent pas une intervention législative⁷⁶⁹. Mais parce que, ici, le contenu de ce type de normes est programmatique, l'adoption de lois ou de politiques publiques conditionne sa concrétisation⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Corte cost., sent. n° 31 de 1969, *op. cit.* La Cour constitutionnelle estime en outre « *qu'il n'échappe pas au pouvoir du juge l'évaluation comparative des intérêts, laquelle est nécessaire pour la résolution des controverses en la matière, puisque de telles évaluations doivent nécessairement avoir lieu toutes les fois que la formulation des normes à appliquer le réclame* ». *Ibid.* Sur ce point, voir notamment LUCIANI (M.), « Diritto di sciopero, forma di stato et forma di governo », *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, n° 1, CEDAM, Milan, p. 1 et s, spécialement p. 16.

⁷⁶⁸ Cons. const., décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990, *Visites domiciliaires des Télécommunications*, *Rec.* p. 91.

⁷⁶⁹ L'*interpositio legislatoris* n'est pas systématiquement une nécessité. Certaines normes peuvent en effet être appliquées en l'état. Elles sont en ce sens « autoapplicatives ». VILLAVERDE MENÉNDEZ (I.), *op. cit.*, p. 3978. RIBES (D.), *op. cit.*, p. 242. C'est le cas de l'article 2 de la Constitution française de 1958 aux termes duquel « *La langue de la République est le français...* ». De même, il en va ainsi de l'article 1^{er} de la Constitution italienne de 1948 qui dispose que « *l'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail...* ». D'autres peuvent prévoir seulement la *possibilité* d'une loi de concrétisation. Ce sont alors des normes constitutionnelles d'habilitation. TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, *op. cit.* C'est le cas de l'article 13 de la Constitution italienne selon lequel « *... les autorités responsables de la sûreté publique peuvent adopter des mesures provisoires...* ». En France, suivant l'article 10 de la Constitution, le Président de la République peut demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi. Enfin, un grand nombre de normes constitutionnelles correspondent à des normes impératives. Dans cette dernière hypothèse, bien souvent « *la norme constitutionnelle ne se suffit pas à elle-même et nécessite l'édition d'autres normes, de rang inférieur, pour être exécutable* ». RIBES (D.), *op. cit.*, p. 243.

⁷⁷⁰ Privées d'application directe, les normes constitutionnelles programmatiques réclament la médiation d'une norme de mise en œuvre. En cela, la loi est *nécessaire*. Comme l'écrit A. Esmein, « *tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti par la Constitution, ne peut être exercé ; il reste là*

L'existence d'une obligation de légiférer est donc d'abord *nécessaire* afin d'appliquer ces normes⁷⁷¹.

Enfin, cette exigence est *logique* en plus d'être nécessaire. L'abstention du législateur qui prive la norme constitutionnelle programmatique d'application peut correspondre à une négation de la volonté constituante, à son « anesthésie »⁷⁷². Or, l'action positive du pouvoir législatif est traditionnellement soumise au contrôle de constitutionnalité négatif qui sanctionne la violation de la Constitution⁷⁷³. Par conséquent, comme le souligne D. Ribes, « *pour quelle raison le législateur pourrait faire librement par ses silences ce qu'il ne peut pas faire par ses actes, à savoir violer la Constitution ?* »⁷⁷⁴.

La nature obligatoire du titre de compétence attribué par les normes constitutionnelles programmatiques au législateur est donc *logiquement nécessaire*. L'abstention de ce dernier pourrait porter atteinte au précepte constitutionnel. En ce sens, si la garantie prévue par une telle norme implique la nécessaire médiation d'une loi pour être appliquée, le législateur, afin de se conformer à la volonté du constituant, doit rendre applicable la norme constitutionnelle programmatique. Il doit donc légiférer. Pour autant, dire qu'il existe une obligation de légiférer mise à la charge du législateur reste encore chose incertaine.

B – Une compétence obligatoire incertaine : les obstacles à l'application d'une sanction au législateur ne légiférant pas

Selon B. Henry-Menguy « *parce que le contenu programmatique d'une norme constitutionnelle est un ensemble d'objectifs institutionnels ou sociaux à réaliser, le constituant invite indirectement le législateur à mettre en œuvre ces derniers par la voie législative* »⁷⁷⁵. Elle poursuit en précisant que « *l'obligation constitutionnelle de légiférer ne sera efficiente que par*

comme simple promesse ». ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 562 et s.

⁷⁷¹ Pour B. Henry-Menguy, l'existence de l'obligation de légiférer serait d'ailleurs conditionnée par le caractère programmatique de la norme constitutionnelle. Selon elle, « *cette première exigence est nécessaire à l'existence de la mise en œuvre de l'obligation constitutionnelle de légiférer en ce sens où la norme constitutionnelle doit présenter certaines dispositions de type programmatique afin que l'obligation de légiférer puisse se réaliser* ». HENRY-MENGUY (B.), *L'obligation de légiférer en France... op. cit.*, p. 333.

⁷⁷² COHENDET (M.-A.) et HUTEN (N.), « La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal », *Rev. Jur. Env.*, 3/2007, p. 288 et s.

⁷⁷³ Selon Ch. Eisenmann, seule la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité des lois « *fait des normes constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction ; sans elle, la Constitution n'est qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement* ». EISENMANN (CH.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, PUAM, Economica, Paris-Aix-en-Provence, 1986, p. 22.

⁷⁷⁴ RIBES (D.), « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, n° 3, Bruylant, Bruxelles, p. 240.

⁷⁷⁵ HENRY-MENGUY (B.), op. cit., p. 335.

l'organisation de la sanction de l'omission législative qui se réalisera par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité par omission de la loi ». Toutefois, en France comme en Italie, la sanction de l'absence de mise en œuvre législative d'une norme constitutionnelle programmatique se heurte à de sérieuses difficultés d'ordre politique (1) et juridique (2).

1 – Les obstacles politiques

Politiquement, il est classiquement avancé que le juge qui sanctionne l'omission législative porte atteinte au pouvoir discrétionnaire du législateur. En effet, celui-ci n'est pas seulement une autorité qui applique la Constitution. C'est aussi une autorité politique dont les choix sont fonction d'opportunités qu'elle aura librement apprécié afin de satisfaire juridiquement la norme constitutionnelle programmatique. Dans ces conditions, l'absence de législation mettant en œuvre ce type de normes est aussi l'expression d'une politique menée. Par conséquent, si le juge constitutionnel sanctionne cette abstention, il fait aussi obstacle à la liberté de choix politique du législateur. En faisant voir à l'autorité législative qu'elle aurait dû légiférer, indirectement, le juge constitutionnel se comporte, en quelque sorte, comme un législateur sans en avoir la légitimité⁷⁷⁶.

En ce sens, même si la sanction de l'omission législative paraît être une condition nécessaire à la réalisation effective de la garantie prévue par la norme constitutionnelle programmatique, elle se heurte au risque d'une dérive politique des Hautes institutions constitutionnelles vers le « gouvernement des juges ». Pareille sanction juridique permettrait effectivement de s'opposer à un choix de nature politique. Elle ouvrirait ainsi la possibilité pour l'opposition parlementaire d'être à l'initiative d'une loi, en saisissant le juge de loi d'une demande de déclaration d'omission législative inconstitutionnelle. Grâce à cette procédure, indirectement, l'opposition pourrait ainsi demander l'adoption d'une loi. Elle acquerrait alors une sorte de droit d'initiative parlementaire. Si bien qu'à partir de cette technique juridique de l'omission législative, c'est une sanction politique qui serait finalement prononcée. Plus précisément, la saisine de l'institution constitutionnelle d'une omission par l'opposition consistera en réalité en un acte politique visant un but politique à atteindre. Dans ces conditions, non seulement le juge de la loi devra se

⁷⁷⁶ Sur ce point, voir notamment HENRY-MENGUY (B.), *op. cit.*, p. 384 et s. L'auteur estime que la sanction de l'omission législative conduit à la politisation de la sphère juridique ainsi qu'à la juridisation de la sphère politique. Voir aussi RIBES (D.), *op. cit.*, p. 248 et s. En Italie, voir notamment RUIZ MIGUEL (C.), « L'incostituzionalità per omissione », *Quaderni costituzionali*, n° 4, décembre 2003, p. 795 et s., MIRANDA (J.), *op. cit.* ou MARCENO (V.), *op. cit.* V. Marceno énonce que le juge de la loi cherche, substantiellement, un équilibre institutionnel qui permette de « garantir la réalisation des principes et des programmes constitutionnels, [...] sans devoir violer, dans un sens, les prérogatives normatives du législateur... », p. 1986.

prononcer sur des questions d'ordre politique et non plus juridique, mais il risque de devenir, par voie de conséquence, une sorte de troisième chambre législative.

Par ailleurs, si l'obligation de légiférer prive le législateur de son pouvoir discrétionnaire, elle le place aussi en simple exécutant de la Constitution⁷⁷⁷ en lui enlevant toute marge de manœuvre. C'est le cas au Portugal où la Constitution de 1976 prévoit l'intervention de mesures législatives au contenu précis, comme autant d'obligations expresses de légiférer⁷⁷⁸. Par exemple, contrairement aux Constitutions française et italienne qui garantissent le droit de grève en prévoyant simplement que la loi organise les conditions de son exercice, la Constitution portugaise prévoit de manière précise que « *la loi définit les conditions dans lesquelles sont fournies, en période de grève, la prestation des services nécessaires à la sécurité et à la maintenance des équipements et des installations, ainsi que celle d'un service minimum pour permettre le fonctionnement des services indispensables à la satisfaction des besoins sociaux impérieux* »⁷⁷⁹. Le « législateur-exécutant » est ainsi intervenu pour instaurer un service minimum pour la poste et les télécommunications, les services médicaux, hospitaliers et pharmaceutiques, la salubrité publique, l'approvisionnement en eau et en énergie, le transport des personnes, des denrées périssables et des biens essentiels à l'économie nationale, les pompiers⁷⁸⁰.

Cette conception du « législateur simple exécutant » ne se retrouve, en principe, ni en France ni en Italie. L'inverse se heurterait au respect du pouvoir discrétionnaire et politique du législateur. Elle ne peut donc *a priori* pas justifier l'existence d'une obligation de légiférer. Toutefois, il est possible d'établir une analogie lointaine entre cette conception et ce que l'on a appelé, dans la péninsule, les « lois constitutionnellement obligatoires » et « lois au contenu lié »⁷⁸¹. En Italie, la doctrine établit cette distinction parmi les normes d'application de la Constitution. L'appartenance d'une loi à l'une ou à l'autre de ces deux catégories dépend de la marge de manœuvre laissée au législateur par la norme constitutionnelle pour la réaliser. En d'autres termes, plus la norme constitutionnelle prévoit un pouvoir discrétionnaire au bénéfice du législateur pour la réaliser, plus la nécessité d'une loi de mise en œuvre se contente de viser le principe même de l'intervention législative. Plus la norme constitutionnelle prévoit une compétence liée du législateur pour la réaliser, plus la nécessité d'une loi de mise en œuvre touche, non pas l'intervention législative, mais le contenu même de la loi.

⁷⁷⁷ RIBES (D.), *op. cit.*, p. 248 et s.

⁷⁷⁸ L'approche de l'obligation de légiférer reconnue dans la Constitution portugaise et dont le manquement est sanctionné par l'omission législative sera abordée dans la section suivante.

⁷⁷⁹ Article 57-3 de la Constitution du Portugal de 1976.

⁷⁸⁰ Rapport d'informations sur le service minimum dans les services publics en Europe, 2003, p. 22, www.assemblée-nationale.fr.

⁷⁸¹ Sur cette distinction, voir GIUDICELLI (J.), *La Cour constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, 2002, thèse dactylographiée, p. 113 et s.

Par conséquent, soit la norme constitutionnelle programmatique doit s'entendre uniquement comme une norme prévoyant un « but ». Elle correspond alors à une *norma di scopo*, c'est-à-dire une norme « *prescrivant aux organes étatiques une certaine fin plus ou moins spécifique à atteindre, ces organes restant libres d'adopter les moyens qu'ils estimeront les plus aptes pour cela* »⁷⁸². Soit la norme constitutionnelle programmatique doit s'entendre comme une norme prévoyant non seulement le but, mais aussi les moyens pour atteindre celui-ci. Suivant que l'on envisage l'une ou l'autre de ces hypothèses, la façon d'appréhender le rôle du législateur diffère. Dans le premier cas, la norme prescrit « *aux organes étatiques une certaine fin plus ou moins spécifiée à atteindre, ces organes restant libres d'adopter les moyens les plus adaptés* »⁷⁸³ pour cela⁷⁸⁴. La loi mettant en œuvre la norme constitutionnelle programmatique est en ce sens « constitutionnellement obligatoire », sans que le contenu de celle-ci soit « constitutionnellement lié »⁷⁸⁵. Dans le second cas, le programme constitutionnel peut prescrire la fin à poursuivre, tout en indiquant les moyens requis pour que le législateur mène à bien sa mission. De cette manière, la norme fait peser sur le législateur une obligation qui, cette fois, limite le pouvoir discrétionnaire de celui-ci. C'est le cas, par exemple, de l'article 38 de la Constitution italienne aux termes duquel « ... *Les travailleurs ont droit à ce que des moyens adaptés à leurs besoins vitaux soient prévus et assurés, en cas d'accident, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, de chômage involontaire... des organismes et des institutions créés ou aidés par l'État pourvoient aux obligations posées par cet article ...* ».

Dès lors, la relation entre la norme constitutionnelle programmatique et le législateur ressemble bien, en quelque sorte, à celle existant entre la loi et le règlement : le législateur, dont le pouvoir discrétionnaire est alors largement restreint, est presque limité à exécuter la Constitution. La loi mettant en œuvre cette prescription est en ce sens considérée comme ayant un contenu constitutionnellement lié. Elle n'est en définitive que la manifestation de l'exigence

⁷⁸² CRISAFULLI (V.), « Efficacia delle norme... », *op. cit.*, p. 369. L'auteur associe notamment à ces normes constitutionnelles programmatiques l'article 3 alinéa 2, l'article 4 alinéa 1, les articles 5, 6, 9, 11 premier et dernier alinéas, l'article 24 dernier alinéa et les articles 31 et 47.

⁷⁸³ *Ibid.* Correspondent par exemple à ce type de norme constitutionnelle programmatique les articles 10 deuxième alinéa, 38, 43 et 44.

⁷⁸⁴ C'est le cas de l'article 31 de la Constitution italienne. Aux termes de cet article, « *la République favorise par des mesures, entre autres économiques, la formation de la famille et l'accomplissement des tâches qui s'y rapportent, en ayant des égards particuliers pour les familles nombreuses...* ». Il faut ici comprendre que seul le principe d'une intervention de la loi est déterminé, non son contenu. Le législateur doit intervenir pour mettre en œuvre cette prescription, sans que le moyen lui soit imposé. Autrement dit, la loi doit permettre l'accès à des prestations familiales, mais les conditions dans lesquelles cet objectif se réalise sont laissées à l'appréciation du législateur.

⁷⁸⁵ GIUDICELLI (J.), *La Cour constitutionnelle italienne ... op. cit.*, p. 367 et s.

constitutionnelle posée par la norme programmatique qui, elle, prévoit l'existence et la forme des institutions à réaliser⁷⁸⁶.

Au final, les lois constitutionnellement obligatoires et, surtout, les lois au contenu constitutionnellement lié pourraient justifier la possibilité d'un contrôle juridictionnel de l'omission législative en Italie⁷⁸⁷. Parce qu'obligatoire en soi ou parce que prédéterminée dans son objet par la norme supérieure, la loi est en quelque sorte attendue. Sous cet angle, le législateur a une obligation de faire prévue par la Constitution. Son inertie est alors un comportement inconstitutionnel en ce qu'il n'accomplit pas l'obligation qui lui incombe pourtant en vertu de la norme constitutionnelle programmatique. Mais cette vision se heurte de nouveau à la liberté d'appréciation politique propre au législateur. C'est pourquoi, en aucun cas l'objet de la loi mettant en œuvre une telle norme n'est préalablement fixé dans le marbre de la Constitution. Une pareille analyse reviendrait à nier toute fonction législative et toute marge d'appréciation politique du législateur. Le Parlement est seulement appelé à légiférer dans une direction donnée par l'Acte fondamental. S'il est amené à intervenir, c'est en prenant en compte « *un contexte politique donné, d'adapter au mieux les consignes données par la Constituante* »⁷⁸⁸. L'activité législative ne peut donc être ramenée à la seule exécution de la Constitution⁷⁸⁹.

À côté de ces écueils d'ordre politique, sanctionner l'omission législative inconstitutionnelle s'heurte aussi à des obstacles d'ordre juridique.

2 – Les obstacles juridiques

Juridiquement, admettre la possibilité de sanctionner le manquement du législateur à son obligation de légiférer soulève des questions d'ordre procédural. Se pose d'abord la question de savoir à partir de quand l'omission législative est caractérisée. En effet, contrairement à certaines Constitutions étrangères⁷⁹⁰, ni la Constitution française, ni la Constitution italienne ne prévoient une condition de délai pour mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique. Ce qui est d'ailleurs logique puisque la concrétisation de ce type de normes est le plus souvent

⁷⁸⁶ Voir en ce sens, *Corte cost., sent. n° 42 du 3 février 2000, Giur. cost.*, p. 336, cité in GIUDICELLI (J.), *La Cour constitutionnelle...op. cit.*, p. 116.

⁷⁸⁷ Les lois au contenu constitutionnellement lié par la norme constitutionnelle programmatique ne peuvent d'ailleurs faire l'objet d'une abrogation car « *elles représentent la seule traduction législative possible d'une norme constitutionnelle* ». *Ibid.* p. 124.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ Comme a pu le soutenir l'auteur italien MODUGNO (F.). Voir la référence faite à la thèse de ce dernier dans ZAGREBELSKY (G.), « *Relazione* », *Il dettato costituzionale*, p. 30, cité in GIUDICELLI (J.), *op. cit.*, note 310.

⁷⁹⁰ C'est le cas par exemple de la Loi fondamentale allemande dont l'article 117 alinéa 1 prévoit que « *toute règle contraire à l'article 3, al. 2 (relatif au principe d'égalité), reste en vigueur jusqu'à ce qu'elle ait été mise en conformité avec cette disposition de la Loi fondamentale, mais pas au-delà du 31 mars 1953* ».

progressive. Elle implique « *une certaine graduation dans sa réalisation* »⁷⁹¹ qui implique une diversité de lois que le législateur produit suivant les opportunités qui se dégagent du contexte politique, économique, social et financier⁷⁹². L'absence de précision de délai imparti au législateur pour mettre en œuvre un programme constitutionnel est en ce sens l'expression de la liberté de choix que possède par principe l'autorité législative. Celle-ci est libre d'apprécier l'opportunité politique avant de légiférer⁷⁹³.

Un autre obstacle procédural s'oppose à la sanction de l'inconstitutionnalité pour omission législative. Le juge compétent pour sanctionner le législateur est le juge constitutionnel. Or, celui-ci ne peut se prononcer sur une question de constitutionnalité qu'en présence d'un texte de loi qui lui serait déféré⁷⁹⁴. Ce qui semble devoir exclure la possibilité de déclarer inconstitutionnelle une absence de loi. Dans ce cas, le contrôle de constitutionnalité est donc privé d'objet à contrôler puisque c'est précisément l'inexistence d'un texte législatif pourtant prévu par la Constitution qui est en cause. La doctrine italienne rappelle à ce titre que « *tout ce qui ne fait pas partie du texte ne peut pas valoir comme disposition existante et on ne peut pas en attribuer la provenance formelle au législateur* »⁷⁹⁵.

La question qui se pose est alors de savoir ce que doit contrôler la juridiction constitutionnelle lorsqu'elle est face au silence du législateur. Au regard de la thèse « obligationnelle » de l'omission - c'est-à-dire lorsque l'abstention du législateur est associée à l'idée que celui-ci n'a pas rempli son obligation de légiférer qui serait prévue par la Constitution – le contrôle porte sur le non-accomplissement d'une action attendue. Autrement dit, sur le comportement du législateur. Selon cette approche, la « *décision de légiférer n'est alors pas politique mais consiste en une*

⁷⁹¹ CRISAFULLI (V.), « Efficacia delle norme... », *op. cit.*, p. 370.

⁷⁹² Nous développerons par la suite les limites liées à des considérations extra-juridiques qui relativisent nécessairement l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques.

⁷⁹³ Selon J.-J. Fernández Rodríguez, pour être inconstitutionnelle, l'inertie du législateur « *doit être liée à une période excessivement prolongée* ». FERNANDEZ RODRIGUEZ (J.-J.), « Proposition de concept d'omission inconstitutionnelle en Espagne », cité in RIBES (D.), *op. cit.*, p. 249. Ce qui implique qu'une réponse à cette question appellera nécessairement un travail d'appréciation. Elle sera donc inévitablement marquée par une forme de subjectivité, toujours plus risquée qu'un critère juridique objectif.

⁷⁹⁴ L'article 61 alinéa 2 de la Constitution française prévoit qu' « *Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* ». L'article 61-1 prévoit que « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». De même, c'est sur une disposition législative existante que se prononce la Cour constitutionnelle italienne. L'article 134 de la Constitution italienne prévoit que « *La Cour constitutionnelle juge : des litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des Régions...* ».

⁷⁹⁵ GIOCOLI NACCI (P.), *L'anti-Montesquieu (tramonto del principio della distinzione delle funzioni)*, Bari, 1989, p. 151. Cité in RIBES (D.), *op. cit.*, p. 251.

obligation constitutionnelle dont le non-accomplissement génère la responsabilité juridique du législateur ». ⁷⁹⁶

L'absence de mise en œuvre d'une norme constitutionnelle programmatique peut correspondre à un comportement négatif inconstitutionnel au même titre que le comportement positif du législateur lorsque celui-ci légifère en méconnaissant une telle norme ⁷⁹⁷. Toutefois, comme l'énonce V. Crisafulli, le mécanisme de sanction pour inconstitutionnalité est organisé de manière à ne pas permettre de sanctionner l'omission législative. Dès lors, une telle « *sanction devra être recherchée ailleurs dans le système constitutionnel : la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement et du Parlement devant le corps électoral...* » ⁷⁹⁸.

Il résulte de ce qui précède que l'omission législative paraît bien difficile à sanctionner pour inconstitutionnalité lorsque l'on considère l'abstention du législateur comme le non-accomplissement d'une obligation. Cependant, lorsque l'omission est appréhendée sous l'angle non plus obligationnel mais normatif, la possibilité d'une sanction semble plus admissible.

C – Une compétence obligatoire admissible selon la thèse de l'abstention « normative » du législateur

Il est possible de justifier la sanction de l'inertie du législateur en considérant non pas l'absence de loi comme un comportement non constitutionnel parce que méconnaissant une éventuelle obligation de légiférer, mais en attribuant une signification juridique inconstitutionnelle à cette absence. Autrement dit, en la considérant comme une norme tacite contraire au précepte constitutionnel. C'est la conception normative de l'omission.

Cette approche permet de résoudre la difficulté procédurale liée à l'absence de texte de loi qui empêcherait la juridiction constitutionnelle de réaliser un contrôle de constitutionnalité. En effet, il convient de ne pas oublier que l'office du juge constitutionnel n'est pas de confronter deux textes, mais une norme législative à la norme constitutionnelle. Or, comme le rappelle clairement Th. Di Manno, texte et norme ne correspondent pas systématiquement ⁷⁹⁹. Un texte peut être dépourvu de norme et, inversement, il peut exister des normes sans support textuel. C'est cette seconde hypothèse qui permet d'accréditer la possibilité de déclarer inconstitutionnelle une abstention législative. Car selon la conception normative de l'omission, « *l'objet du contrôle n'est*

⁷⁹⁶ RIBES (D.), *op. cit.*, p. 249.

⁷⁹⁷ CRISAFULLI (V.), « Efficacia delle norme... », *op. cit.*, p. 369.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives »...*, *op. cit.*, p. 47 et s.

pas le silence du législateur lui-même, c'est-à-dire la décision de légiférer, mais ses conséquences, la face normative du silence, c'est-à-dire la norme implicite qui en est déduite »⁸⁰⁰.

La Cour constitutionnelle italienne confirme d'ailleurs cette approche. C'est par exemple le cas dans la décision n° 62 du 30 mars 1971 où une disposition de loi était mise en cause en ce qu'elle *ne prévoyait pas* le droit du défenseur de l'accusé à assister à l'interrogatoire⁸⁰¹. En outre, le président de la *Consulta* de l'époque répond par l'affirmative à la question de savoir s'il est possible d'annuler une loi non écrite⁸⁰². Pour lui, *« la disposition écrite, en se taisant, nie, ne permet pas, et, donc, contient également la norme non écrite ; en considérant la norme comme précepte, si elle permet quelque chose (seulement) à certains, c'est le signe qu'elle ne le permet pas aux autres et quand elle l'interdit aux uns, elle le permet aux autres : de cette nature préceptive découle que, dès lors que le législateur se saisit d'une matière, celle-ci se trouve toute prise par l'ordre législatif, elle entre tout entière dans le champ de la loi »⁸⁰³.*

Il est vrai que la déclaration d'inconstitutionnalité porte traditionnellement sur une norme tirée d'une disposition législative écrite, mais cette condition liée à l'objet du contrôle ne doit donc pas empêcher l'hypothèse d'un jugement de constitutionnalité portant sur une norme négative correspondant à une signification inexprimée par le législateur. Au contraire, *« on peut parfaitement tirer d'une disposition une norme négative, soit dans le sens de norme qui pose une interdiction (par rapport à une obligation ou une autorisation), soit dans le sens de norme qui laisse non qualifiée une situation ou un comportement (hypothèse de l'omission de réglementation) »⁸⁰⁴ et « la Cour est habilitée à censurer cette norme négative si elle s'avère inconstitutionnelle »⁸⁰⁵. Le juge constitutionnel italien estime en effet qu'« on ne peut pas, dans l'absolu, exclure (le contrôle des omissions législatives) sans porter atteinte, dans une large mesure, aux garanties du système »⁸⁰⁶.*

Il résulte de ce qui précède qu'en considérant l'abstention du législateur comme une signification inexprimée pouvant méconnaître une norme constitutionnelle programmatique, il est possible de justifier sa sanction. En ce sens, le juge constitutionnel doit pouvoir invalider le silence du législateur lorsque celui-ci correspond à une norme implicite inconstitutionnelle au même titre

⁸⁰⁰ RIBES (D.), *op. cit.*, p. 251.

⁸⁰¹ Voir notamment *Corte cost., sent. n° 62 du 30 mars 1971, Giur. cost.*, 1971, p. 601.

⁸⁰² Pour reprendre les termes employés par le président de la Cour constitutionnelle italienne G. Branca, *« Est-il possible d'annuler une loi (ou une partie de loi) non écrite ? La Cour a répondu oui »*. BRANCA (G.), *« Caratteristiche e funzione dei giudizi di legittimità costituzionale »*, Communication prononcée à l'Académie des « Lincei », 1972, cité par DI MANNO (TH.), *op. cit.*, p. 237.

⁸⁰³ BRANCA (G.), *op. cit.*

⁸⁰⁴ MODUGNO (F.), *« La Corte costituzionale italiana oggi »*, in *Sritti il onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padoue, vol. II, 1985, p. 564 et s. Cité par RIBES (D.), *op. cit.*, p. 252.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

⁸⁰⁶ *Corte cost., sent. n° 62 du 30 mars 1971, Giur. cost.*, 1971, p. 601.

qu'il censure une norme législative expresse qui méconnaît la Constitution. Cependant, reconnaître la nécessité de mettre en œuvre l'obligation de légiférer ne suffit pas. Il faut aussi pouvoir organiser la sanction du silence observé par le législateur devant pourtant mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique.

SECTION 2

LA SANCTION DE L'ABSENCE DE MISE EN ŒUVRE LÉGISLATIVE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

Bien que la programmaticité des normes constitutionnelles exige une mise en œuvre législative, celle-ci peut ne pas avoir lieu. Pourtant, la reconnaissance à cette catégorie normative des effets juridiques inhérents à toute norme constitutionnelle implique que les normes constitutionnelles programmatiques participent au développement de la Constitution. Elles doivent donc être appliquées et, le cas échéant, l'absence de loi de mise en œuvre du contenu programmatique implique une sanction. Toutefois, la possibilité d'une sanction de l'absence de concrétisation législative dépend de la qualification de cette absence : tantôt absolue, tantôt relative⁸⁰⁷. À la première correspond une absence totale de texte de loi. C'est-à-dire que le législateur n'a pas légiféré pour organiser les modalités de mise en œuvre de la garantie constitutionnelle. En revanche, à la seconde correspond un manque dans le texte de loi. Le législateur est bien intervenu, mais il est resté silencieux sur des questions qui, pourtant, réclament la précision de la loi. C'est ici le silence de la loi qui est mis en cause et non plus le silence du législateur.

La sanction de l'omission est organisée par le système juridique européen et par certaines Constitutions étrangères (1§). Il en va différemment dans les Constitutions française et italienne. Toutefois, les juges constitutionnels de ces deux pays ont développé des techniques jurisprudentielles permettant de sanctionner les omissions inconstitutionnelles qui ne sont pas absolues : qu'elle soit indirectement visée par le Conseil constitutionnel français (2§), ou qu'elle soit expressément reconnue par la Cour constitutionnelle italienne (3§), l'omission législative relative est effectivement susceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

⁸⁰⁷ Sur la distinction entre « omission relative » et « omission absolue » (ou bien omission partielle et omission totale), nous renvoyons le lecteur à la doctrine allemande et aux écrits du magistrat du Tribunal constitutionnel fédéral allemand M. Wessel qui fut l'un des premiers à faire la distinction entre le silence du législateur d'une part, et le silence de la loi d'autre part. C'est-à-dire, respectivement, entre l'omission absolue et l'omission relative. WESSEL (M.), « Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde », *Deutsches Verwaltungsblatt*, 11952, Hf, p. 161 et s, cité in RIBES (D.), *op. cit.*, p. 253. M. Bellocci et P. Passaglia ont repris cette distinction en différenciant les omissions qui correspondent à une inactivité et celles qui ne sont qu'une action incomplète. BELLOCCI (M.) et PASSAGLIA (P.), « La giurisprudenza costituzionale », *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, 2^{ème} partie, Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Vilnius, 7 juin 2008, <http://www.cortecostituzionale.it>, p. 26 et s.

1 § - Le contrôle de l'omission absolue, une procédure organisée dans certains systèmes juridiques

Contrairement au système européen qui sanctionne l'omission absolue des États membres à travers des procédures comme les recours en carence ou en manquement (A), ou bien à certains systèmes nationaux qui, comme les Constitutions portugaise et brésilienne, prévoient le contrôle de l'omission législative (B), la sanction de l'inertie du législateur n'est pas organisée par les Constitutions française et italienne.

A – L'omission de l'État membre sanctionnée par le droit européen

Il est possible de comparer l'omission législative avec la situation connue en droit européen, où un État membre ne met pas en œuvre une disposition tirée de traités européens qu'il avait pourtant à charge de transposer en droit interne. Or, dans cette hypothèse, c'est un organe de l'Union européenne qui sanctionne l'inaction d'une personne juridique distincte, c'est-à-dire l'État membre. C'est pourquoi, la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁰⁸ peut effectivement sanctionner un État membre défaillant en l'obligeant à agir pour mettre en œuvre le droit communautaire⁸⁰⁹. Cette situation diffère de celle où il s'agit d'une norme constitutionnelle programmatique qui n'est pas mise en œuvre par les pouvoirs publics. Dans cette dernière hypothèse, c'est un organe (le Conseil constitutionnel ou la Cour constitutionnelle) d'une personne juridique (l'État) qui sanctionne un autre organe (le Parlement) de la même personne juridique.

Comme le souligne R. Bin, la directive communautaire appartient à la catégorie des normes programmatiques⁸¹⁰. « L'impérativité » de la directive, qui consiste à faire peser sur l'État une obligation d'introduire la norme européenne dans l'ordre interne, est nécessairement indépendante

⁸⁰⁸ La « CJUE » par la suite.

⁸⁰⁹ La transposition d'une directive « doit permettre de déterminer, de manière suffisamment claire et précise, les droits et les obligations découlant des dispositions d'une directive, afin que le citoyen de l'Union ait la possibilité de s'en prévaloir ou de s'y opposer devant les tribunaux nationaux ». DONY (M.), *Droit de l'Union européenne*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2008, p. 224. Cette transposition ne doit pas s'appréhender comme une liberté, mais comme l'expression d'un engagement, celui de l'État vis-à-vis de l'Union européenne dont il est membre. Aussi, l'absence de transposition est sanctionnée, après un certain délai. Un recours en manquement est en effet ouvert aux citoyens de l'État membre devant la Cour JUE. Voir à cet égard, SIMON (D.) et RIGAUX (A.), « Les contraintes de la transposition en droit français des directives européennes », *RJE*, 1991, p. 269.

⁸¹⁰ R. Bin étudie la directive communautaire ainsi que la directive administrative au titre des normes programmatiques. BIN (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, *op.cit.*, p. 117 et s. pour les directives communautaires et p. 83 et s. pour les directives administratives.

de la transposition⁸¹¹. En effet, celle-ci n'est en réalité que le résultat de l'observation par l'État de ses engagements. Pendant le délai requis pour transposer la directive, l'État n'est pas contraint par cette norme. Aucune sanction ne pourra intervenir s'il ne traduit pas la directive en droit interne. Toutefois, il doit « *s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive* »⁸¹².

Au-delà du délai prévu pour transposer la norme européenne programmatique dans l'ordre interne, celle-ci gagne en force normative. L'omission de l'État peut alors ouvrir la possibilité d'un recours en manquement. Celui-ci vise aussi bien une action qu'une abstention, ce qui inclut donc l'absence de transposition de la directive par l'État. La compétence pour saisir la CJUE d'un recours en manquement revient à la Commission européenne qui reste libre d'apprécier l'opportunité de cette voie contentieuse. Mais une fois saisie, la Cour peut alors constater l'absence de transposition de la directive et, partant, le manquement à l'obligation de mettre en œuvre la norme européenne programmatique.

Il est vrai que la CJUE ne peut contraindre l'État défaillant au regard du droit européen à prendre des mesures pour corriger ce manquement. En cela, la force contraignante de la norme peut laisser dubitatif. Mais les individus peuvent utiliser l'arrêt constatant le manquement rendu par la Cour afin d'engager par la suite la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire. Cette responsabilité, si elle est mise en cause, rend compte de l'évolution grandissante de la force contraignante de cette norme programmatique. Cela d'autant plus que la pratique a mis en lumière le nombre croissant de manquements et, en même temps, la fréquence de l'inexécution des arrêts les constatant. C'est pourquoi, le droit européen permet dorénavant d'établir des sanctions financières à l'encontre de l'État-membre qui s'est abstenu d'agir. De cette manière, lorsque la Cour constate l'absence de transposition de la directive, après le délai requis, et que l'arrêt qu'elle prononce n'est pas l'objet d'une mesure d'exécution, la Commission peut maintenant saisir de nouveau la CJUE afin que celle-ci condamne l'État mis en cause à payer une somme forfaitaire ou une astreinte⁸¹³.

⁸¹¹ S'agissant de la directive non transposée - c'est à dire qui ne bénéficie pas de l'acte normatif intermédiaire requis pour son introduction dans l'ordre juridique interne - « *ne bénéficiant pas encore du support d'une législation interne, elle dévoile la force normative qui lui est propre* ». BOFA (R.), « La force normative des directives non transposées », *La force normative. Naissance d'un concept*, (sous la direction de) TIBIERGE (C.), LGDJ, 2009, p. 323 et s. spécialement p. 324.

⁸¹² CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Rec.*, p. I-7411, *Europe*, fév. 1998, n° 42, comm. RIGAUD (A.), *AJDA*, 1998, p. 450 et s., note COUVERT-CASTÉRA (O.).

⁸¹³ Voir l'article 262 du TCE. Par exemple, la Cour, après avoir constaté que la Grèce n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'exécution de l'arrêt en constatation de manquement qu'elle avait prononcé le 7 avril 1992, condamne cet Etat à payer à la Commission une astreinte de 20000 euros par jours de retard dans la mise en œuvre des mesures indispensables requises. Voir CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-387/97. Par la suite, la France tout comme l'Italie ont fait l'objet de condamnations semblables. Voir par

Ainsi, lorsque l'État omet de mettre en œuvre la norme européenne programmatique qui met pourtant à sa charge l'obligation de la transposer dans l'ordre juridique interne, la Cour peut le sanctionner. Toutefois, dans des États comme la France ou l'Italie, il n'est pas question de deux ordres juridiques distincts comme c'est le cas à propos de la transposition d'une norme européenne dans l'ordre juridique national. Sous cet angle, le problème tenant à l'absence de différence entre la personne juridique qui enfreint et celle qui sanctionne demeure.

Cependant, certaines Constitutions nationales organisent expressément la sanction de l'omission législative. C'est particulièrement le cas des Constitutions des États ayant connu une transition démocratique.

B – L'omission législative absolue sanctionnée par la Constitution

Nous l'avons vu précédemment, par transition démocratique, il faut comprendre le processus par lequel le régime politique d'un État quitte la forme autoritaire pour devenir démocratique. Pour cela, l'État adopte une nouvelle Constitution dont les dispositions prévoient l'organisation des institutions et la garantie des droits. Elle correspond de ce fait à un programme socio-institutionnel à mettre en œuvre pour instaurer et consolider la démocratie. C'est pourquoi pareille Constitution prévoit aussi la possibilité de contrôler la réalisation de ce programme. Plus précisément, afin d'assurer la concrétisation du programme constitutionnel, elle institue un contrôle positif pouvant sanctionner l'omission législative absolue.

C'est le cas de la Constitution du Portugal du 2 avril 1976. Son article 283 prévoit une procédure qui permet de saisir le juge constitutionnel dans le but de sanctionner l'omission inconstitutionnelle. L'objet de ce contrôle est alors l'absence de mesure législative pour appliquer la norme constitutionnelle programmatique. Il est vrai que les décisions du Tribunal constitutionnel portugais ont alors pour seul effet la certification de l'omission et la communication de la décision à l'organe législatif compétent afin de l'en informer. Pour autant, ce dispositif est tout de même un moyen de contrainte dont bénéficie le juge de la loi afin d'amener le législateur à prendre les mesures attendues pour concrétiser les dispositions programmatiques que prévoit la Constitution. Il permet d'assurer la réalisation des normes constitutionnelles programmatiques et de « *répondre à la nature programmatique de la Constitution* »⁸¹⁴. Il y aura

exemple, CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, Aff. C-304/02 pour la France et CJCE, 18 juillet 2006, *Commission c/ Italie*, Aff.C-119/04 pour l'Italie.

⁸¹⁴ HENRY-MENGUY (B.), *op. cit.*, p. 368 ; BON (P.), *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, 1989, p. 152 et s.

ainsi inconstitutionnalité pour omission lorsque la norme constitutionnelle prévoit un principe qui requiert une intervention législative pour être concrétisé et que le législateur n'a pas agi⁸¹⁵.

Dès lors, même si « *le nombre d'occasions où le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission a été exercé au Portugal est très limité, ceci pour des raisons liées aux circonstances politico-institutionnelles du pays et le manque de sensibilité en la matière* »⁸¹⁶, la possibilité de sanctionner le législateur qui ne concrétise pas un programme constitutionnel existe. L'inconstitutionnalité par omission instituée au Portugal contribue à garantir le développement de la Constitution en assurant la réalisation des normes constitutionnelles programmatiques.

Il en est de même au Brésil où l'article 103 de la Constitution du 15 octobre 1988 prévoit le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission totale du législateur. Aux termes du paragraphe 2 de cet article, « *Lorsque l'inconstitutionnalité est déclarée par défaut de mesures devant rendre effective une norme constitutionnelle, il en est donné connaissance au pouvoir compétent pour qu'il prenne les mesures nécessaires, lorsqu'il s'agit d'un organe administratif, il est tenu de le faire dans un délai de trente jours* ». Contrairement à l'article 283 de la Constitution portugaise qui vise les « *mesures législatives* » devant être adoptées, l'article 103 de la Constitution brésilienne consacre seulement le « *défaut de mesures devant rendre effectives une norme constitutionnelle* ». Dans ce dernier cas, l'omission inconstitutionnelle peut effectivement résulter de l'absence de mesure législative ainsi que de l'absence de mesure administrative devant concrétiser une norme constitutionnelle programmatique⁸¹⁷. En outre, le Suprême Tribunal Fédéral du Brésil ne se contente pas de certifier à l'autorité compétente le non-accomplissement de normes constitutionnelles programmatiques du fait de son inaction ; il intervient aussi afin de combler la carence normative. Ainsi, par jugements en date du 25 juillet 2007 relatif au droit de grève, le Tribunal a retenu comme solution à l'omission constatée l'application au secteur public de la loi de 1989⁸¹⁸ qui règlemente l'exercice de cette garantie constitutionnelle dans le secteur privé⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Par exemple, l'inertie du législateur qui méconnaît l'article 74-2 aux termes duquel « *il incombe à l'Etat, dans la réalisation de la politique d'enseignement, d'assurer un enseignement de base universel, obligatoire et gratuit* » pourra caractériser une omission inconstitutionnelle au sens de l'article 283.

⁸¹⁶ MIRANDA (J.), « L'inconstitutionnalité par omission dans le droit portugais », *REDP*, vol., n° 1, 1992, p. 57.

⁸¹⁷ HENRY-MENGUY (B.), *op. cit.*, p. 370.

⁸¹⁸ Loi n° 7783 du 28 juin 1989 relative aux relations collectives de travail et au droit de grève.

⁸¹⁹ STF, MI 670/ES, MI 708/PB et MI 712/PA du 25 octobre 2007, cités in SANT'ANA PEDRA (A.), « Mutation constitutionnelle des droits fondamentaux et interdiction de rétrocession : une analyse de l'évolution de la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral », www.juridicas.unam.mx, p. 14. Le juge constitutionnel considère ici que, tant que durera l'omission législative pour la réglementation du droit de grève dans le secteur public, les normes définies pour les travailleurs en général (Article 9 de la Constitution brésilienne) s'appliquent pour les travailleurs du secteur public.

Bien que l'État français ainsi que l'État italien aient, eux aussi connu le processus politique de transition démocratique, leurs Constitutions n'organisent pas de procédures semblables au contrôle de l'omission inconstitutionnelle prévue par la Constitution portugaise et par la Constitution brésilienne. Il est possible de justifier cela par le fait que les Constitutions plus modernes ont pu s'inspirer des Constitutions plus anciennes et prévoir des améliorations en matière de garantie de droits et d'organisation institutionnelle. En effet, contrairement à la France et à l'Italie qui ont adopté un régime démocratique dès la fin de la seconde guerre mondiale, la conquête constitutionnelle du Portugal et du Brésil a été tardive⁸²⁰. Devant la nécessité d'instaurer un régime démocratique et de le consolider, ces États ont pu prévoir, en plus du contrôle de constitutionnalité négatif, la possibilité d'un contrôle de l'omission législative afin de mieux assurer la réalisation de leur programme constitutionnel.

Cependant, devant le silence de la Constitution, les juges constitutionnels français et italien ont développé une jurisprudence dont l'objet est de combler l'absence de procédure permettant le contrôle de l'omission législative absolue en consacrant implicitement l'inconstitutionnalité pour omission relative du législateur.

2 § - Le contrôle de l'omission relative, une procédure implicitement consacrée par la jurisprudence constitutionnelle française

Si des écueils procéduraux ne permettent pas au Conseil constitutionnel de sanctionner l'absence totale d'accomplissement des normes constitutionnelles programmatiques, il ressort de sa jurisprudence que l'omission relative du législateur peut tout de même être censurée pour inconstitutionnalité. Par rapport à d'autres systèmes juridiques, il s'agit donc d'une consécration seulement partielle de l'omission législative. Toutefois, si la sanction du législateur du fait de son abstention n'est pas prévue explicitement par la Constitution française, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle préventif de la constitutionnalité des lois démontre bien son existence. Par l'usage qu'il fait du moyen tiré de l'incompétence négative⁸²¹ du législateur, le Conseil constitutionnel développe en effet une fonction de juge de l'omission législative relative (A). Fonction qui est, en outre, affirmée par l'identification d'autres outils

⁸²⁰ La Constitution du Portugal date de 1976 et celle du Brésil de 1988.

⁸²¹ Sur la notion d'incompétence négative, nous renvoyons le lecteur notamment à SCHMITTER (G.), « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIJC*, vol. V, GERJC, Aix-en-Provence, 1989, p. 137 et s ; PRIET (F.), « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 1994, p. 59 et s. ; MIATTI (F.), « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du législateur », *LPA*, 1996, avril-juin, 29 avril 1996, n° 52, p. 4-11 ; GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.), « L'obligation de légiférer », *in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges P. Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 305 et s ; GALLETI (F.), « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur "l'incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2004/2, n° 58, p. 387 et s.

jurisprudentiels tels que le contrôle de la qualité de la norme législative. Ce qui permet au juge constitutionnel français d'exercer une contrainte sur le législateur, l'obligeant à exercer pleinement et de la meilleure manière qui soit sa compétence (B). Le législateur semble finalement devoir non seulement légiférer pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques, mais aussi « bien légiférer ».

*A- La sanction de l'incompétence négative*⁸²²

L'absence de mise en œuvre des programmes constitutionnels ne peut être contrôlée car le juge ne dispose d'aucun mécanisme constitutionnel lui donnant les moyens de sanctionner la carence du législateur. Toutefois, même si cette technique sanctionne seulement l'exercice inabouti d'une compétence législative et non l'inertie du législateur, le Conseil constitutionnel peut sanctionner « l'incompétence négative ». C'est-à-dire que le juge de la loi censure le législateur qui n'a pas déterminé de mesure suffisante au regard de ce que la loi aurait dû prévoir au regard de la compétence législative.

Le moyen tiré de l'incompétence négative a été consacré pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans une décision en date du 26 janvier 1967⁸²³ et a été, par la suite, progressivement développé par le juge de la loi. Dans sa décision du 10 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail, il considère ainsi que puisque la disposition législative mise en cause « renvoie à un décret le soin de fixer les conditions dans lesquelles "des majorations spécifiques peuvent être accordées... aux entreprises dont l'effectif est constitué d'une proportion importante d'ouvriers au sens des conventions collectives et de salariés dont les rémunérations

⁸²² HENRY-MENGUY (B.), *L'obligation de légiférer en France...*, op. cit.

⁸²³ Cons. const., décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Indépendance des magistrats*, Rec. p. 19, RJC I-16. Le Conseil constitutionnel a, par la suite, de plus en plus facilement eu recours à ce moyen. Pour ne citer que quelques exemples, Cons. const., décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, *Loi organique relative au statut des magistrats*, Rec. p. 25, RJC I-22, GD, n° 15 ; Cons. const., décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Démocratisation du secteur public*, Rec. p. 49, RJC I-157 ; Cons. const., décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Difficultés des entreprises*, Rec. p. 38, RJC I-180 ; Cons. const., décision n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec. p. 184, RJC I-301 ; Cons. const., décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. p. 9, RJC I-562 ; Cons. const., décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec. p. 183, RJC I-624 ; Cons. const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Rec. p. 99, RJC I-675 ; Cons. const., décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, Rec. p. 33 ; Cons. const., décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121 ; Cons. const., décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, Rec. p. 156 ; Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204.

sont proches du salaire minimum de croissance" »⁸²⁴, le législateur prévoit le principe même de la majoration de l'aide accordée par l'État aux entreprises et précise les catégories de bénéficiaires de la majoration. C'est pourquoi le Conseil estime que « le législateur n'est pas resté en-deçà de la compétence que lui confère l'article 34 de la Constitution, lequel, s'agissant du droit du travail et de la sécurité sociale, s'en tient à la détermination des principes fondamentaux »⁸²⁵.

L'incompétence négative correspond donc au fait pour le législateur de rester en-deçà de sa compétence⁸²⁶. Ce moyen retenu, il peut entraîner l'inconstitutionnalité de la disposition législative en cause. Il en est ainsi dans la décision du 13 janvier 2000 du Conseil constitutionnel où le juge considère qu' « en instituant une obligation préalable à l'établissement du plan social, sans préciser les effets de son inobservation et, en particulier, en laissant aux autorités administratives et juridictionnelles le soin de déterminer si cette obligation est une condition de validité du plan social, et si son inobservation rend nulles et de nul effet les procédures de licenciement subséquentes, le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence ; qu'il y a lieu par conséquent de déclarer contraire à la Constitution le IV de l'article 1er de la loi déferée »⁸²⁷.

Il convient de préciser que le fait de rester « en-deçà » d'un niveau requis renvoie à l'idée de carence ou de manquement⁸²⁸. Il semble bien, dans ces conditions, que l'incompétence négative devant le Conseil constitutionnel suive la même logique que les recours en carence ou en manquement devant la Cour de justice⁸²⁹. C'est pourquoi la sanction prononcée par le Conseil constitutionnel à l'encontre du législateur qui serait resté en-deçà de sa compétence matérialise une sorte d'obligation d'agir qui incombe au législateur, une obligation d'exercer pleinement sa compétence, autrement dit de légiférer correctement⁸³⁰.

⁸²⁴ Cons. const., n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. p. 258.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ Autrement dit, « lors de l'amnésie opportune de ses compétences par le Parlement, parfois pris en défaut de laisser à des autorités réglementaires ou autorités diverses la charge de préciser des mesures à peine évoquées dans le texte de loi, voire inexistantes dans celui-ci ». GALLETTI (F.), « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?... », *op. cit.*, p. 393.

⁸²⁷ Cons. const., n° 99-423 DC, 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, Rec. p. 33.

⁸²⁸ Rappelons que ces notions ont été systématisées en droit européen à travers d'une part, le « recours en carence » ouvert devant la CJUE contre une institution européenne restée inactive, d'autre part le « recours en manquement » contre un État qui se serait abstenu de prendre des mesures juridiques obligatoires. Pareils recours rendent compte par conséquent d'une obligation pour l'institution en cause ou pour l'État d'agir.

⁸²⁹ La Cour de justice n'est pas immédiatement compétente en matière de recours en manquement contre un État membre. Elle intervient après la Commission (art. 169 du traité de Rome), et statue en dernier ressort pour constater et sanctionner soit le manquement de l'État à une des obligations qui lui incombent pourtant en vertu du droit communautaire, soit le comportement de l'État qui constitue un manquement à l'obligation générale de collaboration contenue dans l'article 5 du traité CEE.

⁸³⁰ Il ressort clairement d'une étude juridique du Sénat relative à la qualité de la loi que « le Conseil constitutionnel a progressivement défini l'obligation pour le législateur d'exercer pleinement sa compétence,

L'incompétence négative pousse en effet l'autorité législative à exercer pleinement sa compétence sous peine d'être censurée pour inconstitutionnalité. Cette jurisprudence contribue à rationaliser le travail du législateur. Elle manifeste la volonté du Conseil constitutionnel de s'engager « *dans une véritable politique jurisprudentielle visant à revaloriser tant la qualité de la loi que celle du travail législatif* »⁸³¹. Le juge constitutionnel s'assure que le législateur ne délègue pas sa compétence par omission au pouvoir réglementaire en contrôlant que les dispositions législatives dont il est saisi sont formulées de manière suffisamment précise pour répondre aux exigences de l'article 34⁸³². Le cas échéant, le contrôle aboutit à une censure pour incompétence négative du législateur⁸³³ prononcée par le juge constitutionnel. L'autorité législative doit alors réécrire les dispositions de loi sanctionnées de manière à utiliser pleinement sa compétence. Ainsi, « *l'utilisation de cette technique qui sanctionne une "abstention" du législateur implique corrélativement une obligation positive pesant sur ce dernier* »⁸³⁴. Pour autant, l'incompétence négative ne pouvant être relevée que sur une loi existante, elle ne peut pas rendre compte d'une obligation de légiférer, mais seulement d'une obligation de « bien légiférer »⁸³⁵.

B - Vers la reconnaissance jurisprudentielle d'une obligation de bien légiférer

En sanctionnant le législateur pour son silence, le Conseil constitutionnel établit en parallèle une obligation positive à l'endroit du législateur qui doit légiférer pleinement. En ce sens, lorsque le

c'est-à-dire de légiférer ». Voir sur ce point l'étude intitulée « La qualité de la loi » réalisée par le service des études juridiques du Sénat, destinée aux Sénateurs et résumant la jurisprudence constitutionnelle relative à la qualité de la loi. Voir la note de synthèse du service des études juridiques n° 3 (2007-2008) – 1^{er} octobre 2007, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03.html>

⁸³¹ MATHIEU (B.), « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », *Mélanges Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 356.

⁸³² Cons. const., n° 83-162 DC, *op. cit.* ; Cons. const., n° 98-401 DC, *op. cit.* ; Cons. const., n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, *Rec.* p. 326 ; Cons. const., n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec.* p. 221.

⁸³³ Cons. const., n° 99-423 DC *op. cit.*

⁸³⁴ MARINESE (V.), *op. cit.*, p. 127. Selon l'auteur, parce que le législateur est resté en-deçà de sa compétence, il n'a pu prévoir les garanties essentielles qui relèvent pourtant de sa compétence. À ce titre, la jurisprudence de l'incompétence négative renvoie à l'exigence d'effectivité de la Constitution car « *rendre plus effectif un droit, c'est garantir à son titulaire des conditions d'exercice plus favorables que celles qui résultent du droit existant* ». Ce à quoi consiste la sanction de l'incompétence négative du législateur. DION-LOYE (S.) et MATHIEU (B.), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC*, n° 7, 1991, p. 525 et s. En ayant recours à cette technique pour assurer la mise en œuvre des programmes constitutionnels, le Conseil fait de la loi une sorte « *courroie de transmission des valeurs constitutionnelles* ». MARINESE (V.), p. 128.

⁸³⁵ Cette expression a été utilisée à plusieurs reprises en doctrine. Ainsi, par exemple, F. Galletti s'interroge sur l'existence d'une obligation de bien légiférer. GALLETTI (F.), « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ?... », *op. cit.* L'expression apparaît aussi dans une étude juridique consacrée à la qualité de la loi effectuée par le Sénat qui énonce clairement qu'« *il serait possible de résumer les principes posés par la jurisprudence constitutionnelle en la matière de la façon suivante : non seulement le législateur a obligation de légiférer, mais il doit "bien" légiférer.* », in « La qualité de la loi », <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03.html>, *op. cit.*

Conseil constitutionnel constate une incompétence négative, « *c'est la norme (en devenir) qui est immédiatement sanctionnée, mais c'est l'attitude du législateur en amont qui est stigmatisée* »⁸³⁶. Cette attitude va être appréciée en termes de qualité. Le législateur sera-t-il allé jusqu'au bout de sa compétence et si oui, l'aura-t-il fait de manière suffisamment claire et intelligible ? Pour répondre à cette question, le Conseil constitutionnel va évaluer le contenu de la norme législative qui met en œuvre la Constitution et plus particulièrement une norme constitutionnelle programmatique.

Le juge contrôle donc la norme elle-même alors qu'en principe, le contrôle du vice d'incompétence négative correspond à un contrôle externe de constitutionnalité. Le juge devrait donc se borner à contrôler la compétence normative. Or, la jurisprudence du Conseil démontre que le juge constitutionnel vérifie aussi la qualité de la loi. C'est-à-dire la teneur de la norme législative, son contenu. Sans préciser clairement ce à quoi doit correspondre ce contenu, le Conseil constitutionnel détermine de manière empirique que le législateur doit donner à la loi un contenu *essentiel*, ou un contenu *fondamental* qui confère au texte « *une véritable substance normative* »⁸³⁷. Comme l'a clairement analysé F. Galletti, « *le texte doit permettre l'application légale (et aussi effective) des objectifs qu'il poursuit* »⁸³⁸. Il s'agit de « *rappeler la place supérieure et la fonction d'encadrement de la loi, en ne permettant la promulgation que de lois complètes, respectant les compétences parlementaires, synthétisant le projet de réforme de la société, sans exclure la précision indispensable à l'effectivité d'une loi que l'on entend faire entrer dans le corpus législatif national* »⁸³⁹.

À travers l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel étend donc son contrôle à un contrôle interne de la loi. Ainsi, la loi qui met en œuvre la Constitution ne doit pas contenir de dispositions imprécises susceptibles de diverses interprétations⁸⁴⁰. L'incompétence négative du législateur est aussi sanctionnée lorsque ce dernier fait l'économie des précisions dont le dispositif législatif aurait pourtant dû bénéficier. Dans ce cas, « *faute de précisions suffisantes* »⁸⁴¹, la disposition législative en cause peut « *entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder* »⁸⁴². De même,

⁸³⁶ GALLETI (F.), *op. cit.*, p. 401.

⁸³⁷ PRIET (F.), « L'incompétence négative du législateur », *op. cit.*, p. 82.

⁸³⁸ GALLETI (F.), *op. cit.*, p. 411.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ Dans cette optique de valoriser la qualité de la loi, le Conseil constitutionnel sanctionne le législateur pour son imprécision. Ce fut par exemple le cas dans la décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *Rec.* p. 46.

⁸⁴¹ Voir par exemple la décision du Conseil constitutionnel n° 85-198 DC du 13 décembre 1985 *Loi relative à la communication audiovisuelle*, *Rec.* p. 78.

⁸⁴² *Ibid.*

l'ambiguïté de la loi est sanctionnée lorsque le Conseil relève que « *le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence* »⁸⁴³.

Cela étant, l'incompétence négative permet seulement de sanctionner son omission relative dans la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques. Aussi, afin de mieux garantir la concrétisation de ces normes et le développement de la Constitution, le Conseil constitutionnel reconnaît dans sa jurisprudence des outils qui, ajoutés à la technique de l'incompétence négative, permettent de contraindre un peu plus le législateur à bien agir. C'est le cas du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁸⁴⁴.

Par décision en date du 10 juin 1998⁸⁴⁵, le juge constitutionnel consacre le principe selon lequel l'absence de clarté et de précision de la disposition législative peut conduire à une déclaration d'inconstitutionnalité. Puis, pour contrôler la qualité de la norme législative, le juge constitutionnel consacre l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi qu'il dégage dans sa décision *Loi d'habilitation* en date du 16 décembre 1999⁸⁴⁶. En ce sens, le législateur, déjà contraint d'aller au bout de sa compétence sous peine d'être sanctionné, a aussi l'obligation de respecter l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi car sa méconnaissance peut entraîner, elle aussi, une déclaration de non-conformité de la loi à la

⁸⁴³ Voir par exemple la décision n° 99-423 DC *op. cit.*

⁸⁴⁴ Dorénavant, le considérant de principe en matière de qualité de la loi et d'incompétence négative se fonde sur le seul objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi précité. Depuis la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil estime ainsi que « *considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitrage, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88.

⁸⁴⁵ Cons. const., décision n° 98-401 DC, *op. cit.*

⁸⁴⁶ Cons. const., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de certains codes*, Rec. p. 136. Le Conseil constitutionnel fonde cet objectif sur le fait que « *l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas"* ».

Constitution⁸⁴⁷ s'il n'adopte pas de « *dispositions suffisamment précises et de formules non équivoques* »⁸⁴⁸.

Le juge constitutionnel intervient donc sur le contenu de la loi en indiquant au législateur, dont la loi aurait été reconnue inconstitutionnelle pour incompétence négative, la manière de légiférer afin d'atteindre l'objectif prévu par la norme constitutionnelle programmatique. Par exemple, dans sa décision n° 2008-564 DC relative au droit à l'information et portant sur la Loi relative aux OGM⁸⁴⁹, en sanctionnant le renvoi effectué par le législateur selon lequel « *la liste des informations qui ne peuvent en aucun cas rester confidentielles est fixée par décret en Conseil d'État* », le Conseil demande au législateur d'aller au bout de sa compétence en prévoyant dans la réécriture du texte législatif la liste de ces informations. Dès lors, sans que l'omission législative soit organisée par la Constitution, la jurisprudence constitutionnelle fait bien peser sur le législateur une obligation de « bien légiférer » susceptible d'être sanctionnée.

Il convient de préciser enfin que le juge constitutionnel contraint aussi le législateur à respecter des exigences constitutionnelles. À la lecture de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel associe parfois certaines dispositions constitutionnelles programmatiques à ces exigences. Il a ainsi par exemple dégagé des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 les exigences constitutionnelles qui impliquent « *la mise en œuvre d'une politique de solidarité en faveur des travailleurs retraités* »⁸⁵⁰ et « *la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale envers la famille* »⁸⁵¹. Or, ces exigences correspondent à « *de véritables obligations constitutionnelles auxquelles les pouvoirs publics sont soumis et non des objectifs qu'ils devraient poursuivre* »⁸⁵².

⁸⁴⁷ Voir par exemple Cons. const., décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec. p. 397. Concernant l'article 7 de la loi relatif aux bulletins de vote, le Conseil juge « *qu'il résulte de ce qui précède que l'article 7 de la loi déferée est contraire tant à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qu'au principe de loyauté du suffrage* ».

⁸⁴⁸ Cons. const., décision n° 2006-540 DC, *op. cit.* Dans cette décision, dont le considérant est devenu un considérant de principe, le juge constitutionnel considère « *qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitrage, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ».

⁸⁴⁹ Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 *op. cit.*

⁸⁵⁰ Cons. const., décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Rec. p. 403.

⁸⁵¹ Le Conseil constitutionnel a dégagé cette exigence dans sa décision. n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, Rec. p. 320. Exigence qui a été par la suite appliquée notamment dans les décisions n° 98-405 DC, *op. cit.* ; n° 2001-453 DC *op. cit.* et n° 2002-463 DC *op. cit.* Citons aussi l'exigence relative à la mise en œuvre du droit à la protection de la santé prévu à l'alinéa 11 du même Préambule de 1946 que le juge constitutionnel reconnaît dans ses décisions n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, Rec. p. 540 et n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005*, Rec. p. 225.

⁸⁵² CIAUDO (A.), « Les exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ*, n° 3, 2010, p. 1225 et s., spécialement p. 1229. Sur la notion d'exigences constitutionnelles, voir

De cette manière, en superposant l'exigence constitutionnelle au programme constitutionnel sur lequel elle se fonde, le juge de la loi renforce un peu plus cette obligation de bien légiférer.

Plus précisément, c'est la manière dont le législateur légifère qui est donc contrôlée. Plus précisément, le juge constitutionnel vise ce que le législateur n'a pas fait : s'il n'est pas allé au bout de sa compétence, s'il n'a pas rendu accessible ni intelligible la loi de mise en œuvre, s'il n'a pas mis en place une politique publique répondant aux exigences constitutionnelles tirées des normes constitutionnelles programmatiques. Ces techniques permettent donc de pallier l'absence de contrôle de l'omission législative en organisant la sanction de l'omission partielle du législateur qui aurait « mal légiféré » pour mettre en œuvre la Constitution. Elles font ainsi participer le juge constitutionnel à l'élaboration de la loi mais, surtout, « *elles participent de manière convergente à imposer au législateur "une obligation de légiférer"* » correctement⁸⁵³. D'ailleurs, le contrôle au fond de la loi effectué par le juge constitutionnel dans ces hypothèses est d'autant plus important que, d'après sa jurisprudence, la frontière entre le grief tiré de l'incompétence négative et le grief tiré du manquement à l'objectif précité sont sujets à une « *perméabilité* »⁸⁵⁴ favorable au contrôle de la qualité de la loi : il existe une certaine confusion entre « *l'obligation de légiférer, sanctionnée par le vice d'incompétence, qui vise à protéger la compétence législative et la répartition des compétences entre pouvoirs constitués, et l'obligation de bien légiférer, sanctionnée par le vice de forme, qui a trait à la qualité formelle de l'acte édicté* »⁸⁵⁵.

Bien que ce soit implicitement, à travers le contrôle de la qualité de la loi, le Conseil constitutionnel trouve le moyen de sanctionner l'omission relative du législateur qui n'a pas

particulièrement VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

⁸⁵³ MARINESE (V.), *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, op. cit., p. 59.

⁸⁵⁴ MILANO (L.), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, 2006, p. 637.

⁸⁵⁵ *Ibid.* La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 instituant la question préjudicielle de constitutionnalité augmente les possibilités de contrôler la qualité de la loi mettant en œuvre un programme constitutionnel. Auparavant déjà, la doctrine s'était interrogée sur le fait de savoir si l'introduction dans le contentieux constitutionnel français d'une procédure *a posteriori* devrait conduire à ce que puisse « être discutée devant le juge constitutionnel, au titre du contrôle *a posteriori*, un manquement à l'obligation faite à la loi de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ». GENEVOIS (B.), « L'enrichissement des techniques de contrôle », Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel 3 novembre 2008, p. 21. Le Conseil constitutionnel a répondu par l'affirmative à cette question, « *considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé"* ; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Cons. const., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, [Incompétence négative en matière fiscale], *Rec.* p. 114. Voir aussi Cons. const., décision n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre* [Projet d'intérêt général], *JO* du 29 janvier 2011, p. 1896. En l'espèce, le Conseil constitutionnel écarte le grief tiré de l'incompétence négative du législateur.

suffisamment légiféré pour mettre en œuvre un programme constitutionnel. À cet égard, comparé à son homologue français, le juge constitutionnel italien franchit une étape supplémentaire en consacrant explicitement l'omission législative relative.

3 § - Le contrôle de l'omission relative : une procédure explicitement consacrée par la jurisprudence constitutionnelle italienne

Reconnaissant la nécessité de traiter des omissions législatives, la Cour constitutionnelle italienne ne dispose pourtant pas des outils adéquats pour opérer un tel contrôle. En effet, contrairement à d'autres Constitutions qui prévoient expressément la possibilité pour le juge constitutionnel de censurer l'inertie totale du législateur, aucune disposition organisant ce type de procédure n'est inscrite dans la Constitution italienne.

Tout comme son homologue français, le juge constitutionnel italien ne censure pas l'absence totale de mise en œuvre législative des normes constitutionnelles programmatiques car, en Italie comme en France, le contrôle de constitutionnalité a pour objet une loi. Son existence conditionne la saisine du juge constitutionnel. Cependant, contrairement au Conseil constitutionnel français - qui se base sur des constructions jurisprudentielles telles que l'incompétence négative pour finalement sanctionner l'insuffisance de la loi et enjoindre au législateur de bien légiférer - la Cour constitutionnelle italienne a expressément reconnu l'existence *d'omissions* législatives pouvant être contraires à la Constitution⁸⁵⁶ (A).

Ainsi, pour traiter du cas où une loi existe bien, mais où elle est incomplète et ne peut convenablement réaliser la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques, la Cour constitutionnelle a développé des techniques décisionnelles plus ou moins contraignantes pour le législateur. C'est le cas des arrêts additifs qui permettent au juge constitutionnel d'exhorter le législateur à agir pour mettre en œuvre les programmes constitutionnels conformément à la Constitution (B).

A - La reconnaissance des omissions législatives inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle

Devant le silence de la Constitution qui prive le juge constitutionnel italien d'une procédure pour parer à l'absence de mise en œuvre législative des normes constitutionnelles, la Cour

⁸⁵⁶ Sur la notion d'omission législative en Italie, nous renvoyons le lecteur à l'étude collective suivante : « Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale », in *Quaderno predisposto in occasione della conferenza delle Corti costituzionali europee*, Vilnius, 2-7 juin 2008, www.cortecostituzionale.it/documenti.

constitutionnelle italienne a été plus audacieuse que le Conseil constitutionnel français en reconnaissant de manière explicite, dans les années soixante-dix, la possibilité de rétablir les omissions législatives⁸⁵⁷.

Par décision en date du 10 décembre 1970, la Cour constitutionnelle annonçait la consécration à venir de l'omission législative inconstitutionnelle⁸⁵⁸. En l'espèce, les requérants mettaient en cause une disposition de loi dans sa partie où elle prévoit qu'au cours d'une instruction formelle, seul le ministère public, et non le défenseur, peut assister à l'interrogatoire de l'accusé et peut faire, à cette occasion, des observations. Il était fait grief à cette disposition de porter atteinte à l'article 24 de la Constitution italienne relatif au droit à un recours effectif. La Cour considère alors qu'afin d'être conforme « *aux directives posées par l'article 24 de la Constitution* », l'article mis en cause du code de procédure pénale « *doit être déclaré inconstitutionnel dans la partie qui exclut le droit de l'accusé de se faire assister d'un défenseur à l'occasion de son interrogatoire* »⁸⁵⁹. Bien que censurant la loi qui omettait de prévoir que le défenseur de l'accusé pouvait assister à l'interrogatoire de ce dernier, la Cour ne qualifie pas d'omission législative cette absence de précision. Elle franchit cependant le pas avec sa décision en date du 30 mars 1971⁸⁶⁰.

À cette occasion, la Cour constitutionnelle vise clairement « *le problème de la "contrôlabilité" des omissions législatives qui aboutissent en violation des préceptes constitutionnel* »⁸⁶¹. Elle considère à cet égard qu'il n'est pas possible d'exclure catégoriquement ce caractère contrôlable « *sans amoindrir les garanties du système* »⁸⁶². Il était encore question d'une disposition de loi mise en cause dans sa partie dans laquelle elle ne prévoyait pas le droit du défenseur de l'accusé à assister à l'interrogatoire. Dans ce cas, l'omission du législateur s'entend alors comme une sorte de norme négative « *dans le sens de norme qui laisse non qualifiée une situation ou un comportement* »⁸⁶³. Si bien qu'« *en déclarant inconstitutionnelle cette partie de la disposition, la décision de la Cour a déterminé une expansion des droits procéduraux du défenseur* »⁸⁶⁴ sur la base de la sanction de l'omission législative.

Après avoir consacré l'omission du législateur et autorisé sa sanction, la Cour va par la suite en préciser les contours. Ainsi en est-il de sa décision n° 295 de 1991⁸⁶⁵. En l'espèce, les requérants

⁸⁵⁷ *Corte cost. sent.* n° 62 du 30 mars 1971, *Giur. cost.*, p. 601, En l'occurrence, la disposition mise en cause excluait que le défenseur puisse assister à l'interrogatoire de l'accusé dans la phase d'instruction.

⁸⁵⁸ *Corte cost., sent.* n° 190 du 10 décembre 1970, *Giur. cost.*, p. 1965.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ *Corte cost. sent.* n° 62 du 30 mars 1971, *op. cit.*

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ MODUGNO (F.), « La Corte costituzionale italiana oggi », *op. cit.* p. 564 et s, note 62.

⁸⁶⁴ *Corte cost. sent.* n° 62 du 30 mars 1971, *op. cit.*

⁸⁶⁵ *Corte cost. sent.* n° 295 du 26 juin 1991, *Giur. cost.*, p. 2319.

invoquaient la méconnaissance des articles 3 et 38 alinéa 2 de la Constitution⁸⁶⁶ au motif que la loi mise en cause fixait le montant de l'indemnité chômage seulement pour la fin de l'année 1988, sans prévoir de mécanisme d'évaluation de cette indemnité pour les périodes antérieures et postérieures à cette date. Bien que la Cour ne retienne pas l'omission invoquée pour censurer la disposition de loi, elle précise ce qu'elle entend par « omission législative inconstitutionnelle ». Selon elle, « *La déclaration de l'inconstitutionnalité d'une omission législative – c'est-à-dire du manquement, dans une partie de la loi mettant en œuvre un droit constitutionnellement garanti, de la prévision d'un mécanisme apte à assurer l'effectivité de ce dernier – tout en laissant le législateur, dont la compétence est reconnue, le soin d'introduire et de régler aussi rétroactivement ce mécanisme, pose elle-même un principe auquel le juge ordinaire est autorisé à se référer afin de remédier à l'omission d'identification de règle applicable* »⁸⁶⁷. De cette manière, le juge constitutionnel se donne les moyens de sanctionner l'absence de détermination législative des modalités propres à mettre en œuvre effectivement une norme constitutionnelle programmatique en considérant que « *le silence de la loi [...] se transforme en une omission inconstitutionnelle* »⁸⁶⁸.

Lorsque cette omission législative relative est reconnue et que le silence de la loi est jugé inconstitutionnel par la Cour, celle-ci peut utiliser la technique des décisions additives afin de combler la lacune de la loi et de participer à la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques.

B - Les arrêts additifs⁸⁶⁹ introduisant une norme constitutionnellement nécessaire

À travers les arrêts additifs la Cour constitutionnelle a recours à une technique décisionnelle qui lui permet de censurer les omissions du législateur « dans la partie où la disposition ne dit pas/ne prévoit pas... ». Ainsi, elle « déclare l'inconstitutionnalité de l'article..., pour la partie où il ne

⁸⁶⁶ Respectivement, ces articles prévoient que « *Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* » et que « *Les travailleurs ont droit à ce que des moyens d'existence appropriés à leurs nécessités vitales soient prévus et assurés en cas d'accident, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, de chômage involontaire* ».

⁸⁶⁷ *Ibid.* Dans le même sens, voir par exemple *Corte cost., sent.*, n° 74 du 15 mars 1996 où la Cour reprend le même considérant. *Giur. cost.*, 1996, p. 699.

⁸⁶⁸ VILLAVERDE MENDÉNDEZ (I.), « L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore », *Giur. cost.*, 1996, p. 3968 et s, spécialement p. 3980.

⁸⁶⁹ DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives"...* *op. cit.*, p. 231 et s. Sur une analyse italienne de la notion, voir notamment ANGELONE (A.), « Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice », *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, sous la direction de P. Femia, Naples, 2006, p. 563 et s.

contient pas... », ou bien « ne comprend pas... », ou encore « pour la partie qui exclut... »⁸⁷⁰. De manière audacieuse, la Cour a ainsi trouvé le moyen d'exhorter la puissance publique à renforcer son action dans la mise en œuvre des programmes constitutionnels⁸⁷¹.

Avec cette technique, la Cour intervient positivement sur la loi afin de « remplir » le dispositif manquant. Or, justement, pour être effectives, les normes constitutionnelles programmatiques nécessitent une intervention de la part du législateur afin de déterminer les modalités de leur mise en œuvre. Les décisions additives donnent donc le moyen à la Cour de combler ce que le législateur a omis de prévoir pour garantir les programmes constitutionnels. C'est pourquoi, comme l'énonce C. Colapietro, « *le terrain privilégié de ce type de décisions est le champ des droits sociaux* »⁸⁷² et, plus largement, des normes constitutionnelles programmatiques.

Ce type de décisions s'articule en deux catégories que sont les arrêts additifs de prestation et les arrêts additifs de principe. Traditionnellement, les premiers correspondent aux décisions additives rendues par la Cour lorsque l'ajout est constitutionnellement obligé et, par conséquent, implicitement déduit de la disposition. En effet, comme le souligne V. Crisafulli, « *la déclaration d'inconstitutionnalité de l'omission a [...] pour effet d'introduire indirectement la norme qui faisait défaut : en la tirant évidemment, non pas de la fantaisie de la Cour, mais, par analogie, d'autres normes et principes contenus dans le système* »⁸⁷³. Dans ce cas, le juge de la loi rend une décision « à rimes obligées » en se contentant de combler de manière « mécanique » la lacune due à l'inertie du législateur. En revanche, si l'omission ne peut être réparée qu'en effectuant un choix de nature politique, la Cour ne peut déduire sa décision en raison de la pluralité d'options normatives qui existerait pour combler la lacune de la loi⁸⁷⁴. Dans ce cas, en imposant l'objet du dispositif qu'elle juge manquant au mécanisme de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques, la Cour empiète nécessairement sur le pouvoir discrétionnaire du législateur. C'est pourquoi la pratique de cette technique décisionnelle s'est atténuée⁸⁷⁵ dans les années

⁸⁷⁰ Sur une approche des catégories de décision additives, MODUGNO-CARNEVALE, « *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione de "verso" della richiesta addizione* », *Giur. Cost.*, 1990, p. 519 et s.

⁸⁷¹ *Corte cost.*, sent n° 134 du 13 avril 1994, *Giur. Cost.*, 1994, p. 1106 et s, observations GIORGIS (A.), p. 3153 et s.

⁸⁷² COLAPIETRO (C.), « *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale* », *Giur. It.*, 1995, p. 113 et s.

⁸⁷³ CRISAFULLI (V.), *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. I, 2^{ème} éd., 1970, p. 404.

⁸⁷⁴ D'autant que, lorsque la loi mise en cause porte sur la mise en œuvre d'une norme constitutionnelle programmatique dont les modalités de concrétisation ne sont pas expressément prévues par la Constitution, en prononçant un arrêt additif, la Cour peut être suspectée d'agir à la place du législateur. En effet, en intervenant sur la loi, elle opère un choix politique qui relève normalement du législateur. Sur le pouvoir discrétionnaire du législateur pour mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique, nous renvoyons à nos développements antérieurs.

⁸⁷⁵ P. Passaglia souligne ainsi le fait que « *dans une situation de crise de l'État-providence, le juge constitutionnel ne saurait rester indifférent face à des décisions qui impliquent des aggravations significatives des dépenses publiques. De ce fait, si jusqu'au début des années quatre-vingt-dix la Cour ne*

quatre-vingt-dix au bénéfice de l'usage des décisions additives de principe⁸⁷⁶. De cette manière, la Cour indique le principe selon lequel elle jugerait opportun de résoudre le cas d'espèce. Autrement dit, à la différence des anciens arrêts additifs de prestation, les arrêts additifs de principe « *n'introduisent pas dans le tissu normatif une règle détaillée (et, donc, auto-applicative), mais se limitent à extraire – en le tirant du système constitutionnel complexe – un principe, destiné à orienter tant le législateur dans sa future activité normative nécessaire pour réparer l'omission inconstitutionnelle, que le juge ordinaire (et pas seulement le juge a quo) tenu, medio tempore, de résoudre la controverse concrète due à l'application de la norme lacunaire* »⁸⁷⁷. Il s'agit de décisions avec lesquelles la Cour prononce l'inconstitutionnalité des omissions législatives, en indiquant l'élément qui manque à la loi pour que celle-ci soit jugée constitutionnelle, mais, cette fois, sans ajouter de fragment textuel. Autrement dit, elle déclare inconstitutionnelle une disposition législative pour ce qu'elle ne prévoit pas, sans introduire une nouvelle norme, mais en indiquant un principe que le législateur devra concrétiser et que le juge *a quo* devra appliquer.

Ce type de décisions démontre l'existence d'une obligation de « bien légiférer » qui pèse sur le législateur italien pour mettre en œuvre la Constitution et ses programmes. En effet, la technique des décisions additives permet aussi à la Cour d'avertir le pouvoir législatif afin qu'il veille à remplir le vide de la loi. En ce sens, l'inertie persistante du législateur suite à cette « décision d'avertissement » est sanctionnée par la Cour qui peut alors censurer la loi restée lacunaire. Par exemple, concernant le calcul de l'indemnisation des personnes dépendantes, la Cour, tout en censurant une omission législative, affirme cette obligation de « bien légiférer » en considérant qu'« *il appartient au législateur* » de déterminer la mesure, les manières et le moment de ce

*prenait pas en considération les conséquences financières de ses déclarations d'inconstitutionnalité, plus récemment elle a eu la tendance à faire intervenir autant que possible le législateur, adoptant soit des avertissements, soit des déclarations d'inconstitutionnalité qui laissent provisoirement en vigueur les dispositions censurées, soit, enfin, des décisions additives de principe, c'est-à-dire des décisions d'inconstitutionnalité qui introduisent un principe et qui font appel aux juges pour une application prudente de celui-ci (mais aussi au législateur pour une réponse prompte ayant une portée générale)», PASSAGLIA (P.), « La jurisprudence récente des Cours constitutionnelles dans le domaine de la sécurité sociale », *Séminaire sur la jurisprudence récente des Cours constitutionnelles dans le domaine de la sécurité sociale*, Strasbourg, 29 et 30 novembre 2011, www.cortecostituzionale.it. Voir plus particulièrement p. 8.*

⁸⁷⁶ La Cour a recours à ce type d'arrêt dès 1987. *Corte. Cost., sent. n° 215 du 3 juin 1987, Giur. cost. p. 1615 et s.* Pour quelques exemples d'arrêts additifs de principe, nous renvoyons le lecteur aux décisions suivantes : *Corte. Cost., sent. n° 497 du 27 avril 1988, Giur. cost., p. 2209 ; Corte. Cost., sent. n° 232 du 27 mai 1992, Giur. cost., p. 1799 ; Corte. Cost., sent. n° 185 du 20 mai 1998, op. cit.* Avec ce procédé, le juge constitutionnel italien cherche essentiellement à garantir la réalisation des principes et des programmes constitutionnels, sans pour autant vouloir empiéter sur la compétence législative. MARCENO (V.), « La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore : verso nuove tecniche decisorie », *op. cit.*

⁸⁷⁷ ANGELONE (M.), « Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice », *op. cit.*, p. 569.

calcul, « pour rendre concrètement réalisable » le droit constitutionnellement garanti⁸⁷⁸. Elle ajoute en outre une contrainte de rapidité avec laquelle la loi doit être corrigée en précisant que « *puisque [...] l'intervention du législateur [...] est nécessaire pour réintégrer l'ordre constitutionnel violé, celle-ci doit advenir avec une rapidité adéquate* ». Enfin, la Cour avertit le législateur que la loi sera sanctionnée en cas d'omission persistante de sa part. Ainsi, elle rend compte d'une véritable contrainte pesant sur ce dernier en jugeant que « *naturellement, si cela n'arrivait pas, ou si le temps de l'ajustement graduel au respect de la Constitution se prolongeait au-delà d'une limite raisonnable, c'est-à-dire, si les principes annoncés dans la présente décision ne s'avéraient pas observés, cette Cour, nouvellement investie du problème, ne pourra pas ne pas adopter de solution appropriée à la situation* ». Avec cette technique, le juge constitutionnel renforce donc son avertissement au législateur en prononçant un « arrêt d'acceptation », tout en attribuant à une autre autorité (législative ou juridictionnelle) la responsabilité des éventuelles augmentations des dépenses consécutives à l'arrêt⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ *Corte cost., sent. n° 497 du 27 avril 1988, Giur. Cost., p. 2209 et s.* Voir aussi *Corte cost., sent. n° 295 du 26 juin 1991, Giur. cost., p. 2319* ; *Corte cost., sent. n° 243 du 19 mai 1993, Giur. Cost. p. 1756*, commentaires de ANZON (A.), « Un'additiva di principio con termine per il legislatore », *Giur. Cost.*, 1993, p. 1785 et s.

⁸⁷⁹ Voir aussi, en matière de retraite, *Corte cost., sent. n° 88 du 9 mars 1992, Giur. cost., p. 868*. Concernant le droit à l'environnement, voir notamment la décision n° 62 du 29 janvier 2005, *Giur. Cost.*, p. 562, commentée in *Dir. Form.*, 2005, p. 385 et s., note de CHIEPPA (R.), « In terma di ambiente e scorie radioattive ». Sur le droit à la santé en particulier, voir par exemple *Corte cost., sent. n° 309 du 16 juin 1999, Giur. Cost.*, p. 2500, note de PRINCIPATO (L.), « Il diritto costituzionale alla salute : molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive ? ». Sur le droit de grève, voir notamment *Corte cost., sent. n° 171 du 27 mai 1996 Gius. Cost.*, 1996, p. 1552, note de VESPAZIANI (A.), « Una sentenza additiva di principio riguardo allo "sciopero" degli avvocati ».

CONCLUSION DU CHAPITRE

Les normes constitutionnelles programmatiques emportent donc bien les mêmes effets juridiques positifs que toute autre norme constitutionnelle : elles permettent l'application de la Constitution. Diverses autorités productrices de normes sont compétentes pour mettre en œuvre ces programmes constitutionnels, mais le législateur demeure l'autorité de principe. D'ailleurs, des deux côtés des Alpes, s'il ne peut être contraint d'agir, lorsqu'il intervient, il est toutefois obligé de « bien légiférer ». Le juge constitutionnel italien tout comme son homologue français ont, en effet, l'un et l'autre, reconnu des outils jurisprudentiels leur permettant de sanctionner le silence de la loi s'ils l'estiment inconstitutionnel : le premier en sanctionnant expressément l'omission relative du législateur ; le second en déclarant inconstitutionnelle l'incompétence négative du législateur. Si bien que, même si l'omission législative absolue - c'est-à-dire l'absence totale de loi - ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel français ni devant la Cour constitutionnelle italienne, la loi qui ne prévoit pas de dispositif propre à garantir la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques peut, elle, être censurée.

En vertu du principe démocratique, le législateur demeure en effet libre de choisir parmi les opportunités politiques la manière de concrétiser ce type de normes. Pour la même raison, les juges constitutionnels ne peuvent garantir qu'un dispositif législatif particulier interviendra postérieurement à la sanction afin de corriger l'inconstitutionnalité déclarée. La discrétionnalité du législateur pour réaliser les programmes constitutionnels est d'ailleurs d'autant plus importante que ces programmes constitutionnels sont particulièrement marqués d'imprécision. Il reste que, en accédant au rang de « normes » juridiques, les normes constitutionnelles programmatiques garantissent l'application des Constitutions modernes, quand bien même ces garanties constitutionnelles seraient prévues d'une manière plus souple que celles énoncées par une prescription classique.

CONCLUSION DU TITRE 1

D'abord réfutée, puis admise sur le principe, la normativité abstraite des dispositions constitutionnelles programmatiques a fini par être clairement affirmée par les juridictions constitutionnelles française et italienne. En adoptant l'approche formelle de la normativité, les programmes constitutionnels ont effectivement valeur normative : la formulation de ces dispositions ne les empêche pas d'être normatives, cette qualité étant liée à leur fondement constitutionnel. Partant, ces énoncés accèdent au rang de « norme » constitutionnelle, indépendamment de leur formulation imprécise et de leur faible caractère prescriptif.

C'est donc logiquement que ces normes, à l'instar de toute norme constitutionnelle, engendrent des effets juridiques, et, particulièrement, des effets positifs qui consistent à développer la Constitution. C'est pourquoi le fait que l'intervention législative soit nécessaire pour rendre applicable ce type de normes ne doit pas amener à récuser la normativité des programmes constitutionnels. On ne peut raisonner en faisant dépendre la valeur juridique d'une norme supérieure de la norme qui lui est inférieure. Au contraire, parce que ces programmes constitutionnels nécessitent l'intervention du législateur pour être mis en œuvre, leur normativité implique l'obligation pour le législateur d'agir correctement. Ce n'est pas la norme inférieure qui influe sur la norme supérieure, mais cette dernière qui commande la première.

Certes, parce que programmatiques, ces normes laissent au législateur une marge d'appréciation sur la manière de légiférer, ou, plus précisément, sur le contenu de la loi. Toutefois, si le législateur s'abstient de légiférer de manière à satisfaire à leur mise en œuvre, les juges constitutionnels italien et français pourront dorénavant le sanctionner et l'exhorter à agir.

Il est vrai que l'autorité législative bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour agir et que la norme constitutionnelle programmatique ne lui impose pas de faire quelque chose de précis. Ces normes lui commandent plutôt de faire en sorte que telle action atteigne le but qu'elles prévoient de façon plus ou moins déterminée. De cette manière, les intérêts sociaux, économiques, environnementaux... reposent plus sur des « intentions » peu précises que sur des impératifs. Les normes constitutionnelles programmatiques représentent ainsi un droit moins prescriptif. Pour autant, en adoptant la forme programmatique, le droit fait passer de la factualité au domaine du normatif des intérêts qui, avant, lui étaient extérieurs. Il introduit en effet dans le juridique des éléments qui relèvent de la politique, de l'économie, de l'environnement... La sphère du droit

évolue ainsi sans cesse, et, par le biais des programmes, il change de terrain⁸⁸⁰, « modifiant sa teneur » en quelque sorte. En ce sens, nous verrons que si les normes constitutionnelles programmatiques sont bien revêtues de normativité, concrètement, la consistance de celle-ci est relative.

⁸⁸⁰ OST (F.), « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in TIMSIT (G.), CLAISSE (A.) et BELLOUBET-FRIER (N.) (sous la direction de), *Les administrations qui changent*, PUF, coll. « Politique aujourd'hui », 1996, p. 77.

TITRE 2

LA CONSISTANCE DE LA NORMATIVITE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES : UNE NORMATIVITE CONCRETE LIMITEE

Si les programmes constitutionnels démontrent la reconnaissance croissante de la normativité à des domaines qui, auparavant, en étaient exclus, ce phénomène emporte des conséquences. Par l'inscription de ces programmes dans les Constitutions, se manifeste en effet une évolution de la teneur de la normativité. Certes, la normativité a été reconnue aux programmes constitutionnels. Mais c'est une normativité abstraite dont il est question, et non d'une normativité concrète laquelle reste encore obscure. Autrement dit, c'est son existence qui est affirmée, reste encore à en déterminer sa consistance. C'est-à-dire sa portée. Or, sur ce point, le trouble existe au sein de la doctrine. En effet, tout en les qualifiant expressément de *normes*, une partie des juristes éclairés refuse pourtant d'admettre que les normes constitutionnelles programmatiques puissent être invocables devant le juge constitutionnel pour contrôler la loi. Comme le souligne R. Guastini, « certains pensent en particulier que de telles normes ne permettent pas d'obtenir l'abrogation de lois incompatibles antérieures à la Constitution, ni l'invalidité de lois incompatibles postérieures »⁸⁸¹.

Toutefois, cette conception ne semble pas fondée. Il est vrai qu'avec les normes constitutionnelles programmatiques, il ne s'agit plus d'obligation forte, la norme perdant en contrainte ce qu'elle gagne en adaptabilité. De cette manière, avec ce type de normes, la consistance de la normativité s'assouplit. Mais elle existe tout de même, ce que démontre la possibilité pour les normes

⁸⁸¹ GUASTINI (R.), traduit par CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Leçon de théorie constitutionnelle*, Dalloz, coll. Rivages du droit, Paris, 2010, p. 168. Eu égard au fait que les droits constitutionnels s'apparentent parfois davantage à des normes principes insusceptibles d'application immédiate en l'absence d'intervention de la loi, l'idée que la Constitution contient plus de normes de principe que de règles de conduite persiste dans la pensée de certains juristes. Aussi, « finalement, selon une certaine doctrine, une Constitution n'est qu'un "manifeste" politique dont la concrétisation est exclusivement confiée au législateur : les tribunaux ne doivent pas appliquer les normes constitutionnelles – alors privées de tout effet juridique immédiat – mais seulement les normes qu'ils trouvent dans les lois ». Toutefois l'auteur réfute cette approche de la Charte fondamentale. Face à cette conception qu'il refuse, il affirme : « Eh bien, un des éléments essentiels du processus de constitutionnalisation est précisément la diffusion, au sein de la culture juridique, de l'idée opposée, c'est-à-dire de l'idée que toute norme constitutionnelle – indépendamment de sa structure ou de son contenu normatif – est une véritable norme juridique, obligatoire est susceptible de produire des effets juridiques (par exemple, la naissance de droits et d'obligations, l'abrogation de lois incompatibles antérieures à la Constitution, l'invalidité des lois incompatibles postérieures ». *Ibid*, p. 169.

constitutionnelles programmatiques de produire des effets juridiques négatifs. Le juge peut effectivement sanctionner une inconstitutionnalité sur leur fondement. Il convient donc, ici, de démontrer la faible consistance de la normativité concrète de ces programmes constitutionnels.

Cette faiblesse se manifeste d'abord par le fait que les normes constitutionnelles programmatiques sont certes susceptibles de s'inscrire comme fondements invocables dans le contentieux constitutionnel français et italien pour invalider une loi inconstitutionnelle, mais que cette hypothèse connaît des limites. En cela, leur invocabilité devant le juge constitutionnel paraît varier selon que la loi déférée est antérieure ou postérieure à la Constitution : si la possibilité pour une norme constitutionnelle programmatique de fonder une déclaration d'inconstitutionnalité est admise dans son principe, il en va différemment pour ce qui est de fonder une abrogation. C'est pourquoi la portée normative de ce type de normes dans le contentieux constitutionnel doit être nuancée (Chapitre 1).

Ensuite, on identifie cette faible normativité concrète à travers le peu de garanties dont ces normes bénéficient effectivement. Si les programmes constitutionnels ont été reconnus comme étant des normes constitutionnelles, cette évolution, aussi avérée qu'elle soit, reste encore limitée dans les faits. En effet, le contexte qui entoure l'« utilisation » des normes constitutionnelles programmatiques amoindrit considérablement la possibilité de sanctionner une atteinte qui leur serait portée. Ces normes paraissent ainsi dotées d'une normativité irrémédiablement limitée dans les faits (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA PORTEE NORMATIVE NUANCEE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS DANS LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL

La normativité abstraite des programmes constitutionnels étant avérée, il s'agit ici d'en apprécier concrètement la portée. Or, si en tant que paramètre de constitutionnalité, les normes constitutionnelles programmatiques produisent des effets juridiques lors du contrôle opéré par le juge de la loi, il n'en va pas toujours ainsi lorsqu'il s'agit de déclarer l'abrogation d'un texte législatif antérieur. Cette catégorie de normes peut, effectivement, toujours servir de fondement invocable lors du contrôle de la constitutionnalité des lois. En revanche, elle est parfois exclue des paramètres constitutionnels qui permettent de constater l'incompatibilité d'une loi ancienne avec la Constitution.

Précisons préalablement qu'à l'origine du débat qui oppose la thèse de l'exclusion à celle de l'intégration des normes constitutionnelles programmatiques au contentieux de l'abrogation, se trouve notamment la dimension « temporelle » liée au caractère programmatique de ces normes. Les normes constitutionnelles programmatiques s'apparentent effectivement à des engagements pour l'avenir. Non seulement elles appellent l'intervention du législateur pour qu'il les mette en œuvre par un dispositif législatif, mais le programme qu'elles prévoient est transcrit *progressivement*⁸⁸² dans la réalité par ce dispositif. D'une part, l'abrogation sanctionne par principe les lois déjà entrées en vigueur, or le caractère programmatique de cette catégorie de normes fait tendre ces dernières vers le futur. D'autre part, elle sanctionne une incompatibilité avérée avec la Constitution, or la loi litigieuse qui met en œuvre une norme constitutionnelle programmatique n'est qu'une étape dans le processus de concrétisation de cette dernière. Autant de raisons susceptibles de justifier, lorsque c'est le cas, l'impossible abrogation d'un texte sur le fondement de cette catégorie de normes.

Du fait de cette spécificité liée la force abrogative, les normes constitutionnelles programmatiques se distinguent des autres normes constitutionnelles quant à leurs effets. Si bien que la normativité de ces programmes se manifeste par un glissement parfois en demi-teinte vers les effets juridiques

⁸⁸² Sur le caractère progressif de la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques, voir nos développements du second chapitre, p. 314 et s.

négatifs que toutes normes constitutionnelles engendrent. En l'occurrence, il apparaît que la portée normative des normes constitutionnelles programmatiques est variable en ce que, si des deux côtés des Alpes, cette catégorie de normes peut servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité (Section 1), sa capacité d'abroger une loi contraire à la Constitution est exclue en Italie quand elle est admise en France (Section 2).

SECTION 1

LES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES, FONDEMENTS DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Parce que les programmes prévus par les Constitutions italienne et française ont été reconnus dotés de la normativité, on assiste à un changement global de la nature de la norme constitutionnelle. Celle-ci voit ses contours s'étendre et élargir, par là même, le domaine du droit. En effet, contrairement à une époque où elle était seulement relayée à une intention politico-philosophique, la norme constitutionnelle programmatique est dorénavant incluse au sein des normes constitutionnelles. De ce fait, c'est manifestement à une évolution de la normativité que l'on doit conclure car, correspondant initialement à une sorte de guide non contraignant, la norme constitutionnelle programmatique possède aujourd'hui une force normative qui lui permet de sanctionner l'atteinte que lui porterait le législateur.

Nous savons déjà que l'absence de mise en œuvre de cette norme par le législateur correspond à un silence normatif susceptible d'être sanctionné par le juge constitutionnel⁸⁸³. La norme constitutionnelle programmatique est en ce sens un modèle que le législateur, comme tout autre pouvoir public, doit observer dans l'exécution de son action de concrétisation. Cela étant, il faut maintenant s'intéresser à la parole normative du législateur, à savoir la loi. À cet égard, nous verrons qu'une norme constitutionnelle programmatique peut « *déterminer l'inconstitutionnalité de règles contenues dans les lois ordinaires qui [lui] seraient contraires* »⁸⁸⁴.

Il est interdit au législateur, comme à tout pouvoir public, d'aller à l'encontre de la norme constitutionnelle. C'est le principe de constitutionnalité selon lequel la violation d'une telle norme engendre l'inconstitutionnalité de la disposition de loi mise en cause. C'est ici l'action du législateur qui est visée et sanctionnée par le juge constitutionnel lorsqu'il l'estime inconstitutionnelle. Ainsi, le propre du contrôle de constitutionnalité est de sanctionner le législateur défaillant. Pour cela, les normes constitutionnelles produisent un effet juridique négatif lors du contrôle de constitutionnalité de la loi. Nous verrons alors que les normes constitutionnelles programmatiques, dont la normativité est reconnue, produisent elles aussi un tel effet puisqu'elles peuvent, comme toute norme constitutionnelle, servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité. Toutefois, si la Cour constitutionnelle italienne affirme ce

⁸⁸³ Sur ce point, nous renvoyons le lecteur au Titre qui précède.

⁸⁸⁴ PARDINI (J.-J), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, op. cit., p. 219.

principe dès sa première décision (§1), ce n'est que progressivement que le Conseil constitutionnel français reconnaît cet effet négatif aux normes constitutionnelles programmatiques (§2).

§ 1 – La reconnaissance immédiate de l'effet négatif des normes constitutionnelles programmatiques dans le contentieux constitutionnel italien

Comme le précise T. Meindl, le contrôle de constitutionnalité est un « *contrôle en défense contre un acte, quel que soit le droit invoqué : classique ou social* »⁸⁸⁵. Or, la reconnaissance de la force normative à la catégorie des programmes constitutionnels introduit ces derniers au sein des normes juridiques de valeur constitutionnelle. C'est donc logiquement que les normes constitutionnelles programmatiques peuvent produire des effets négatifs sur la disposition de loi jugée inconstitutionnelle.

En ce sens, V. Crisafulli affirme qu' « *aucune distinction n'est faite à cet égard, par l'ordonnancement en vigueur, entre l'hypothèse de contrariété avec les normes constitutionnelles "d'application immédiate" et les "normes constitutionnelles programmatiques" ; l'inconstitutionnalité des normes posées par la loi ordinaire existant également dans les deux cas et pour des raisons identiques* »⁸⁸⁶. Cinq ans plus tard, la Cour constitutionnelle italienne adopte le même raisonnement en refusant de voir dans la distinction « norme programmatique » - « norme prescriptive » un élément d'importance susceptible de nier tout effet juridique négatif aux premières⁸⁸⁷ ; toute norme constitutionnelle peut être invoquée comme fondement sur lequel contrôler la constitutionnalité d'une loi. Elle considère en effet que, « *la célèbre distinction entre normes prescriptives et normes programmatiques [...] n'est pas décisive dans le contrôle de constitutionnalité, l'inconstitutionnalité d'une loi pouvant découler, dans certains cas, de sa non-compatibilité avec des normes que l'on dit programmatiques* »⁸⁸⁸. La Cour marque ainsi une rupture avec la solution classiquement retenue par les juridictions ordinaires qui refusaient de voir dans les normes constitutionnelles programmatiques des normes de défense contre un acte pourtant contraire à la Constitution⁸⁸⁹. Comme le souligne A. Pizzoruzzo, avec cette décision, « *la Cour [...] affirme le caractère de norme juridique de toutes les dispositions constitutionnelles, y*

⁸⁸⁵ MEINDL (T.), « La question controversée du caractère fondamental des droits sociaux », communication au IV^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Aix en Provence, 10-12 juin 1999, version dactylographiée, p. 9.

⁸⁸⁶ CRISAFULLI (V.), « Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche" », *op. cit.*, p. 380.

⁸⁸⁷ *Corte cost.*, 14 juin 1956, n° 1, *op. cit.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ Les dispositions constitutionnelles programmatiques étaient au contraire considérées par ces juridictions comme privées de la normativité. Elles ne pouvaient, par conséquent, servir de fondement pour censurer une disposition inconstitutionnelle. Sur ce point, voir nos développements relatifs à la reconnaissance de la normativité abstraite des programmes constitutionnels.

compris celles dites programmatiques, et, par conséquent, leur aptitude à déterminer au moins l'inconstitutionnalité éventuelle des normes législatives ordinaires qui seraient incompatibles avec elles »⁸⁹⁰.

Ces normes ont donc un effet juridique négatif puisqu'elles peuvent servir à censurer une disposition de loi au même titre que toutes les autres normes constitutionnelles. Ainsi, par exemple, dans sa décision du 28 juillet 1987⁸⁹¹, c'est sur le fondement de la norme programmatique tirée de l'article 38 de la Constitution relatif au droit à des moyens de subsistance et à l'assistance sociale que la Cour se prononce sur la constitutionnalité d'une loi. En l'occurrence, la disposition législative mise en cause distinguait le traitement des pensions de réversion entre les époux divorcés pour faute et les autres. Les requérants contestaient alors le fait que le bénéfice de la pension de réversion, qui est subordonné au mariage, ne pouvait être accordé qu'au conjoint séparé dès lors qu'il n'était pas reconnu fautif. Or, l'article 38⁸⁹² met à la charge de la puissance publique, en tant que destinataire de la norme, « *l'obligation de la mettre en œuvre et d'intervenir dans la réglementation de l'assistance sociale dans le sens voulu par la Constitution* »⁸⁹³. En l'espèce, la disposition de loi mise en cause excluait, en tout ou en partie, le conjoint séparé pour faute du bénéfice de cette pension. La Cour considère alors que cette mesure est contraire à l'article 38. Elle déclare donc l'inconstitutionnalité de la loi, jugeant que le législateur n'a pas agi de manière à satisfaire l'exigence posée par cette norme constitutionnelle programmatique⁸⁹⁴.

À la fin des années 2000, la Cour a été saisie d'une requête tendant à contester la constitutionnalité d'une disposition législative qui prévoyait notamment que l'allocation sociale, qui est un droit subjectif reconnu par la législation relative aux services sociaux, est admise aux étrangers à la condition qu'ils soient titulaires d'une carte de séjour. Le juge *a quo* soutient que cette disposition méconnaît les articles 32 et 38 de la Constitution, deux normes constitutionnelles programmatiques qui prévoient, respectivement, la garantie du droit à la santé ainsi que le droit à

⁸⁹⁰ PIZZORUZZO (A.), « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », CCC, 1999, n° 6, p. 23.

⁸⁹¹ *Corte. Cost., sent.* n° 286 du 28 juillet 1987, *Giur. cost.*, p. 2233.

⁸⁹² Aux termes de l'article 38 précité, « *tout citoyen incapable de travailler et dépourvu de moyens d'existence a droit à des moyens de subsistance et à l'assistance sociale. Les travailleurs ont droit à ce que des moyens adaptés à leurs besoins vitaux soient prévus et assurés, en cas d'accident, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, de chômage involontaire. Les inaptes au travail et les handicapés ont droit à l'éducation et à la formation professionnelle. Des organismes et des institutions créés ou aidés par l'État pourvoient aux obligations posées par cet article. L'assistance privée est libre* ».

⁸⁹³ Voir par exemple *Corte cost., sent.* n° 80 du 21 avril 1971, *Giur. cost.*, p. 691 ; *Corte cost., sent.* n° 160 du 6 juin 1974, *Giur. cost.*, p. 960.

⁸⁹⁴ Depuis cette décision de la Cour, la pension de réversion est versée aussi au conjoint fautif, mais uniquement lorsque celui-ci est bénéficiaire d'une pension alimentaire.

l'assistance sociale et à des moyens nécessaires d'existence⁸⁹⁵. Il considère notamment que la loi mise en cause est contraire à la « *finalité propre de l'assistance tirée de l'article 38, du moment qu'elle reconnaît une assistance relative aux sujets économiquement auto-suffisants tandis qu'elle l'exclut vraiment dans les hypothèses pour lesquelles le besoin est plus intense* ». Toutefois, pour l'*Avvocatura dello stato*, le caractère programmatique de l'article 38 ne permet pas de l'invoquer comme fondement de l'inconstitutionnalité de la disposition législative litigieuse. Selon lui, cet article « *serait vague et, de toute façon, dépourvu de fondement, du moment que la norme susdite, de caractère programmatique, n'implique pas d'assurer toutes les allocations d'assistance, mais se limite à garantir une protection minimum* » qui ne comprend pas l'indemnité d'accompagnement. La Cour rejette cependant ce moyen et retient l'*irragionevolezza*⁸⁹⁶ de la mesure législative litigieuse sur le fondement des articles 32 et 38. Le juge de la loi censure ainsi cette disposition en ce qu'elle subordonne le bénéfice d'une prestation sociale à détention d'un titre de séjour dont l'attribution est conditionnée à la perception d'un revenu, lorsque, justement, l'étranger est en incapacité totale de travailler, de se mouvoir de manière autonome et d'accomplir seul les gestes de la vie quotidienne.

Il s'ensuit que la norme constitutionnelle programmatique produit bien des effets juridiques négatifs contraignants puisqu'elle peut servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité. La qualité programmatique ou prescriptive de la norme constitutionnelle n'est donc effectivement « *pas décisive dans les jugements de constitutionnalité* »⁸⁹⁷. Ce type de normes programmatiques lie le législateur et peut servir à sanctionner la défaillance de ce dernier. C'est pourquoi, que ce soit lors d'un contrôle par voie d'action ou bien à l'occasion d'un contrôle par voie d'exception, il ne fait aucun doute que pour la Cour constitutionnelle italienne « *l'inobservation des normes constitutionnelles programmatiques par les organes législatifs sera un motif d'invalidité, totale ou partielle, de l'acte pris dans l'exercice de leur pouvoir* »⁸⁹⁸.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne n'a pas changé depuis qu'elle a consacré, en 1956, le principe selon lequel les normes constitutionnelles programmatiques sont des normes invocables au titre de paramètre de constitutionnalité. L'identification des effets juridiques

⁸⁹⁵ *Corte cost., sent.*, n° 306 du 29 juillet 2008, *Giur. cost.*, p. 3324. Dans le même sens, voir *Corte cost., sent.*, n° 11 du 14 janvier 2009, *Giur. cost.*, p. 70 et n° 187 du 22 mai 2010, *Giur. cost.*, p. 2212. Dans tous les arrêts, la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de l'art. 80 c. 19 de la loi 388/2000 pour violation des articles 2, 3, 10, 32 et 38 de la Constitution, dans la partie où il exige la carte de séjour. La Cour déclare qu'il est inconstitutionnel de lier l'accès aux prestations sociales à la détention de la carte de séjour, quand celle-ci n'a pas été délivrée exclusivement par manque de revenu minimum prévu, étant donné qu'il n'est pas raisonnable d'imposer une exigence de revenus pour des personnes gravement invalides et donc incapables de travailler.

⁸⁹⁶ L'*irragionevolezza* renvoie, en quelque sorte, à l'idée d'absence de bon sens. Pour une approche précise de cette notion, nous renvoyons le lecteur à nos développements du chapitre suivant.

⁸⁹⁷ PIZZORUZZO (A.), *op. cit.*. Voir aussi *Corte cost., sent* n° 22, 9 mars 1967, *Giur. cost.*, 1967, p. 164, note ANDRIOLI (A.).

⁸⁹⁸ CRISAFULLI (V.), « Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche" », *op. cit.*, p. 369.

négatifs que produit cette catégorie de normes a suivi un processus tout autre en France, où ce n'est pas immédiatement, mais, au contraire, au fur et à mesure de sa jurisprudence que le Conseil constitutionnel a reconnu cet effet aux normes programmatiques de la Constitution.

§2 - La reconnaissance progressive de l'effet négatif des normes constitutionnelles programmatiques dans le contentieux constitutionnel français

Puisqu'il n'utilise pas clairement cette expression issue du droit étranger, le juge constitutionnel français ne retient pas expressément que la loi ne doit pas méconnaître la norme constitutionnelle programmatique. Ce n'est toutefois qu'une question de langage car, tout comme le fait la Cour constitutionnelle italienne, le Conseil constitutionnel français introduit cette catégorie de normes au sein des normes paramètres de la constitutionnalité des lois.

Ce fut d'abord le cas des normes programmatiques relatives aux « principes particulièrement nécessaires à notre temps » inscrits dans le Préambule de la Constitution de 1946. En effet, depuis que le Conseil constitutionnel a reconnu la pleine valeur juridique du bloc de constitutionnalité par sa décision du 16 juillet 1971⁸⁹⁹ confirmée par celle du 15 janvier 1975⁹⁰⁰, il est possible d'invoquer devant lui la violation par la loi de droits-créances que prévoient ces principes et, par conséquent, de sanctionner une disposition législative sur le fondement d'une norme constitutionnelle même si celle-ci est programmatique.

Le Conseil constitutionnel a effectivement fait référence à une telle norme lorsqu'il s'est fondé sur le droit-créance prévu à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution relatif au droit à la protection de la santé. Selon les termes du Conseil, « aucune des dérogations prévues par cette loi [...] ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé... »⁹⁰¹. De cette manière, en l'utilisant comme paramètre de constitutionnalité, il a reconnu qu'une norme constitutionnelle programmatique peut produire un effet juridique négatif.

Il en est de même avec la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979. La norme mise en cause en l'espèce correspondait au droit de grève prévu à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent »⁹⁰². À cette occasion, le Conseil constitutionnel précise le sens qu'il entend

⁸⁹⁹ Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29.

⁹⁰⁰ Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*, R.J.C. I-30.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Cons. const., décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33.

attribuer à l'alinéa 7 du Préambule de 1946. Pour le juge de la loi, « *en édictant cette disposition, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* ». À travers son raisonnement, le juge constitutionnel démontre sa volonté d'interpréter l'alinéa 7 précité en indiquant au législateur la marge de manœuvre qu'il détient pour mettre en œuvre cette norme constitutionnelle programmatique. De cette manière, indirectement, il établit donc les bornes au-delà desquelles le législateur ne peut intervenir sans méconnaître cette norme. En l'occurrence, il s'agit ici pour le législateur d'opérer un équilibre entre le droit de grève et un élément constitutif de l'intérêt général, à savoir la continuité du service public. Ce n'est qu'après ce travail d'appréciation que le Conseil constitutionnel conclut à une déclaration de non-conformité. En effet, la confrontation de la norme déférée avec la norme de référence amène le juge constitutionnel à retenir la méconnaissance par la loi de cette dernière, au motif que les limitations apportées à l'exercice du droit de grève ne sont pas justifiées⁹⁰³. Dans ces conditions, la disposition législative qui méconnaissait la norme constitutionnelle programmatique est invalidée.

Toutefois, contrairement à la Cour constitutionnelle italienne, le Conseil constitutionnel français n'affirme pas clairement dans ses premières décisions que la distinction entre de telles normes et les normes constitutionnelles prescriptives est sans incidence sur le contrôle de constitutionnalité. Ce n'est qu'au gré de sa jurisprudence, de manière parfois hésitante, qu'il reconnaît l'effet négatif des normes constitutionnelles programmatiques. Ainsi, dans ses décisions des 18 janvier 1978 et 22 juillet 1980, alors qu'il se référait au droit à la santé dans un cas et au droit à la protection de la santé dans un autre, le Conseil constitutionnel ne fait pas de référence expresse à l'alinéa 11⁹⁰⁴.

⁹⁰³ Pour le Conseil constitutionnel, « *le législateur permet aux présidents des sociétés, lorsqu'une cessation concertée du travail empêche l'exécution du service normal et afin de garantir que soit cependant assurée la généralité des missions dont il assigne l'accomplissement à ces sociétés, de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés* ». Cons. const., décision n° 79-105 DC précitée, cons. 5.

⁹⁰⁴ Cons. const., décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, *Contre-visite médicale*, R.J.C I-57. En l'espèce, le Conseil vise seulement la Constitution sans faire référence au Préambule de 1946. Il énonce qu'aucune des

Il s'est cependant progressivement fondé sur ces normes programmatiques pour vérifier la constitutionnalité des lois. Ainsi, en 2011, pour le seul exemple du droit à la santé, le Conseil a rendu pas moins de vingt-huit décisions dans lesquelles il se réfère à cette disposition programmatique pour contrôler la constitutionnalité de la loi⁹⁰⁵. Au fur et à mesure de ses contrôles, le juge a par conséquent affirmé la reconnaissance de l'effet juridique négatif des normes constitutionnelles programmatiques.

Il invoque ainsi à plusieurs reprises l'alinéa 10 du Préambule de 1946 aux termes duquel « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » pour contrôler au regard de cette norme que la loi ne porte pas atteinte au droit de la famille⁹⁰⁶. De même, il fait référence au droit à l'emploi sur lequel il se fonde afin de contrôler que la loi mise en cause ne porte pas atteinte à la mise en œuvre d'une politique de l'emploi⁹⁰⁷. Ainsi, par

dispositions de la loi mise en cause « *ne méconnaît davantage le droit à la santé et les droits de la défense* » ; Cons. const., décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, R.J.C. I-81. De même, les visas de la décision ne font pas référence au Préambule de la Constitution et le Conseil constitutionnel ne précise pas le fondement textuel qu'il invoque. Il énonce simplement que « *s'agissant de la détention et de l'utilisation de matières nucléaires, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* ».

⁹⁰⁵ Il s'agit notamment des décisions suivantes : Cons. const., n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Amendement Séguin*, RJC I-305 ; Cons. const., n° 90-283 DC du 08 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec., p. 11 ; Cons. const., n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi Bioéthique*, Rec., p. 100 ; Cons. const., n° 99-419 DC du 09 novembre 1999 *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec., p. 116 ; Cons. const., n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 *IVG II*, Rec., p. 74 ; Cons. const., n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, Rec., p. 91 ; Cons. const., n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, Rec., p. 137 ; Cons. const., n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, Rec., p. 157 ; Cons. const., n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, Rec., p. 78 ; Cons. const., n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, Rec., p. 378 ; Cons. const., n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, Rec., p. 140 ; Cons. const., n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, J.O. du 13 mai 2010, p. 8897 ; Cons. const., n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, J.O. du 30 décembre 2010, p. 23190 ; Cons. const., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.* [Hospitalisation sans consentement], J.O. du 27 novembre 2010, p. 21119 ; Cons. const., n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011, *Mme Oriette P.* [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent], J.O. du 8 octobre 2011, p. 17017 ; Cons. const., n° 2011-135/140 QPC du 09 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre* [Hospitalisation d'office], J.O. du 10 juin 2011, p. 9892 ; Cons. const., n° 2011-202 QPC du 02 décembre 2011, *Mme Lucienne Q.* [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990], J.O. du 3 décembre 2011, p. 20015.

⁹⁰⁶ Cons. const., décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Entrée et séjour des étrangers*, Rec., p. 135 ; Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, Rec., p. 224 ; Cons. const., décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *Loi de finance de la sécurité sociale pour 2005*, Rec. p. 157 ; Cons. const., décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec. p. 360.

⁹⁰⁷ Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Réduction du temps de travail I*, Rec., p. 258 ; Cons. const., décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des PME*, Rec., p. 137 ; Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec., p. 138 ; Cons. const., décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, Rec., p. 310.

exemple, le Conseil constitutionnel considère que lorsqu'une disposition législative implique que l'exonération d'impôt sur le revenu et de charges sociales des heures supplémentaires et complémentaires a pour but d'augmenter le nombre d'heures travaillées afin de stimuler la croissance et l'emploi alors, « *par sa finalité, [elle] tend à mettre en œuvre l'exigence résultant du cinquième alinéa du Préambule de 1946* »⁹⁰⁸.

Il en va de même des normes constitutionnelles programmatiques contenues dans la Charte de l'environnement, telle que celle relative au droit à l'information prévu à l'article 7 de ce texte⁹⁰⁹ aux termes duquel « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Dans sa décision en date du 19 juin 2008, le Conseil constitutionnel, considérant que « *le registre national indiquant la nature et la localisation des parcelles culturales d'organismes génétiquement modifiés est accessible au public* »⁹¹⁰, juge que « *le législateur n'a pas dénaturé le principe du droit à l'information qu'il lui appartient de mettre en œuvre* ». Il vérifie donc que le législateur n'a pas méconnu la norme constitutionnelle programmatique, faisant de cette dernière un fondement d'inconstitutionnalité susceptible de censurer la loi. Ainsi, par exemple, le Conseil constitutionnel juge que « *faute d'avoir prévu, [...], le principe d'une procédure destinée à permettre aux propriétaires intéressés de faire connaître leurs observations ou tout autre moyen destiné à écarter le risque d'arbitraire dans la détermination des propriétés désignées pour supporter la servitude, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution* »⁹¹¹, en l'occurrence, l'article 7 de la Charte de l'environnement. De même, il déclare l'inconstitutionnalité d'une disposition législative relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement au motif, d'une part, qu'elle ne prévoit pas toutes les mesures de publication nécessaires au titre de l'article 7 précité, d'autre part, que « *ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative n'assurent la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques en cause* »⁹¹².

Concernant les normes constitutionnelles programmatiques relatives aux objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel considère que le législateur ne doit pas les méconnaître et contrevenir à leur mise en œuvre. Le cas échéant, cette catégorie de normes peut

⁹⁰⁸ Cons. const., décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007 précitée.

⁹⁰⁹ Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec., p. 313 ; Cons. const., décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], JO. 15 octobre 2011, p. 17466.

⁹¹⁰ Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 précitée.

⁹¹¹ Cons. const., décision n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.* [Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie], JO du 15 octobre 2011, p. 17465.

⁹¹² Cons. const., décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *op. cit.*

être invoquée dans le but d'obtenir l'annulation d'une disposition législative. Ainsi, dans sa décision du 24 juillet 2003, le Conseil juge que la disposition mise en cause de la loi portant réforme de l'élection des sénateurs est contraire à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi⁹¹³. Il considère en effet que « *les notions de "nom propre", de "liste présentée dans une circonscription départementale" et de "représentant d'un groupement ou parti politique" sont ambiguës* » et que « *le dernier alinéa inséré au même article autorise, dans certains cas, l'inscription sur les bulletins de vote du nom de personnes qui ne sont pas candidates à l'élection ; qu'une telle inscription risquerait de créer la confusion dans l'esprit des électeurs et, ainsi, d'altérer la sincérité du scrutin* ». Dès lors, il déclare inconstitutionnelle la disposition litigieuse sur le fondement de l'objectif de valeur constitutionnelle précité, reconnaissant de ce fait l'effet négatif que cette norme programmatique est susceptible de produire lors d'un contrôle de constitutionnalité.

L'interdiction pesant sur le législateur de méconnaître une norme constitutionnelle programmatique est donc admise dans son principe par les juges constitutionnels français et italien. Elle est d'ailleurs dotée d'une certaine force contraignante car, en cas de loi contraire à ce type de normes, cette méconnaissance est susceptible d'être sanctionnée par le juge constitutionnel. De ce fait, en s'imposant au législateur, et en servant de fondement à la déclaration d'inconstitutionnalité, les normes constitutionnelles programmatiques deviennent de véritables instruments permettant de sanctionner les agissements non constitutionnels du législateur. Toutefois, ce glissement vers les effets juridiques négatifs inhérents aux normes constitutionnelles doit être relativisé en un point. En effet, aujourd'hui encore, contrairement à d'autres normes constitutionnelles, la norme constitutionnelle programmatique ne peut pas toujours servir de fondement à l'abrogation des lois pourtant contraires aux Constitutions.

⁹¹³ Cons. const., décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec., p. 397.

SECTION 2

LA RELATIVITÉ DE L'ABROGATION SUR LE FONDEMENT D'UNE NORME CONSTITUTIONNELLE PROGRAMMATIQUE

Lorsque les Constitutions italienne et française sont entrées en vigueur, elles ont intégré un système juridique déjà existant. Le développement de ces Chartes devait donc passer par la mise en conformité des normes antérieures aux prescriptions dont elles sont le support. Pour cela, les Constitutions mettent à la disposition du juge de la loi des outils, de sorte à préserver la cohérence du système juridique en vigueur. Parmi ces outils, à côté de l'annulation, il faut compter la technique de l'abrogation par la norme constitutionnelle nouvelle de la norme législative ancienne contraire (§1).

Dès l'entrée en vigueur de la Constitution italienne, les juridictions ordinaires se sont prononcées en faveur de l'abrogation, mais en excluant les normes constitutionnelles programmatiques des fondements constitutionnels qui permettent de constater l'incompatibilité de la loi ancienne avec la Constitution (§2). En revanche, il en va différemment en France. Certes, avant l'institution par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 du contrôle *a posteriori* de la loi, le juge constitutionnel ne pouvait abroger de lois entrées en vigueur. Depuis, la question s'est sérieusement posée de savoir s'il fallait opter pour le principe hiérarchique ou bien pour le principe chronologique pour censurer une loi entrée en vigueur (§3).

1 § L'abrogation, une sanction de l'inconstitutionnalité distincte de l'annulation

L'abrogation est le nom donné à l'annulation pour l'avenir du caractère exécutoire d'une disposition législative ou réglementaire par l'entrée en vigueur d'une autre disposition. Elle peut être prévue par la Constitution. Ainsi, la Constitution belge prévoit expressément qu'« *à compter du jour où la Constitution sera exécutoire, toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui y sont contraires sont abrogés* »⁹¹⁴. De cette manière, dès l'entrée en vigueur de la Constitution, la cohérence du système juridique belge est assurée. De même, les dispositions finales de la Constitution Suisse du 18 avril 1999 prévoient que « *La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 est abrogée* »⁹¹⁵.

⁹¹⁴ Article 188 de la Constitution belge du 17 février 1994.

⁹¹⁵ Dispositions finales de l'arrêté fédéral du 18 décembre 1998, II. 1. De la Constitution suisse du 18 avril 1999.

Mais le Texte fondamental n'organise pas toujours aussi clairement la mise en conformité de l'ordonnement existant avec les prescriptions constitutionnelles nouvelles. Il n'assure pas forcément la cohérence entre les lois entrées en vigueur et la Constitution. Par exemple, l'article 75, alinéa 1^{er}, de la Constitution italienne prévoit simplement la possibilité d'abroger un texte par la voie du référendum⁹¹⁶. Il en va de même de l'article 11 de la Constitution française relatif aux conditions de l'abrogation d'une disposition législative par référendum et de l'article 61-1 du même texte concernant l'abrogation d'une disposition jugée inconstitutionnelle par le Conseil saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, contrairement à la Constitution belge, ni en France, ni en Italie, l'abrogation des lois antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution et contraires au nouvel ordonnement n'est expressément organisée. Se pose alors la question de savoir si le conflit entre la nouvelle Constitution et la législation antérieure est un problème de succession de normes dans le temps ou un problème d'incompatibilité entre des normes de niveaux différents sur la hiérarchie des normes. Autrement dit, il s'agit de déterminer si le conflit doit être résolu suivant le principe chronologique (*lex posterior*) menant à l'abrogation de la loi ancienne, ou suivant le principe hiérarchique (*lex superior*) impliquant la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi inférieure. Comme le remarque le juriste italien R. Guastini, « *se pose alors la question de savoir si le conflit entre la nouvelle Constitution et les lois antérieures est un problème de succession de normes dans le temps, ou bien un problème d'incompatibilité entre normes ayant un statut formel différent dans la hiérarchie des sources du droit* »⁹¹⁷.

Cette question perd de son intérêt dans un système juridique où le contrôle de constitutionnalité est diffus, comme c'est le cas aux États-Unis⁹¹⁸. Il en est de même lorsque le contrôle est limité à un contrôle *a priori*⁹¹⁹. Cependant, dans les systèmes où le contrôle est concentré et *a posteriori*, comme c'est le cas en Italie, cette question gagne en importance. Dans ce cas, deux possibilités distinctes sont envisageables. En effet, soit l'abrogation tacite d'une loi pour incompatibilité avec la Constitution peut effectivement être reconnue par tout juge avec des effets *inter partes* pour le

⁹¹⁶ Selon l'article 75 alinéa 1^{er}, « *Un référendum populaire est fixé pour décider l'abrogation, totale ou partielle, d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi, lorsque cinq cent mille électeurs ou cinq Conseils régionaux le demandent* ».

⁹¹⁷ GUASTINI (R.), *Leçon de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 246.

⁹¹⁸ Indépendamment du principe chronologique ou du principe hiérarchique, l'incompatibilité entre l'ancienne loi et la nouvelle Constitution peut toujours être relevée par tout juge ordinaire, les effets de la décision n'étant *qu'inter partes*.

⁹¹⁹ Dans ce cas, le juge constitutionnel ne peut se prononcer sur une loi déjà entrée en vigueur. Alors le juge ordinaire peut éventuellement être amené à se prononcer sur la loi ancienne et à l'abroger en vertu du principe chronologique. Toutefois, en France, le problème de l'incompatibilité de la loi ancienne avec la Constitution est un problème d'inconstitutionnalité et non de succession de normes dans le temps. C'est donc le principe hiérarchique qui prévaut. Mais seul le Conseil constitutionnel est compétent pour déclarer une disposition législative inconstitutionnelle. La réforme constitutionnelle française du 23 juillet 2008 qui organise le contrôle *a posteriori* fera l'objet de développements spécifiques à cet égard dans les pages à venir.

futur uniquement, soit l'inconstitutionnalité peut être déclarée seulement par le juge constitutionnel avec des effets *erga omnes* rétroactifs qui valent à compter de la promulgation de la loi⁹²⁰. Nous verrons qu'en choisissant le principe de l'abrogation, les juges italiens ont exclu les normes constitutionnelles programmatiques des fondements permettant de censurer des lois anciennes contraires à la Constitution. Ce qui amoindrit nécessairement la teneur normative de ces normes.

2 § L'exclusion des normes constitutionnelles programmatiques des normes abrogatives en Italie

En 1948, et jusqu'à l'institution de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation italienne a résolu la question, vidant, dans le même temps, les normes constitutionnelles programmatiques de leur portée normative⁹²¹. Elle a en ce sens considéré que l'abrogation devait être prononcée seulement lorsqu'il y avait une contradiction déterminée entre la loi antérieure et la Constitution. Dès lors, toute disposition constitutionnelle précise et circonstanciée qui contredit une disposition législative antérieure abroge cette dernière. Ce fut par exemple le cas de l'article 27, alinéa 4, de la Constitution italienne qui énonce que « *la peine de mort n'est pas admise* » et des dispositions du code pénal de 1931 qui la prévoyaient⁹²². Mais elle estime aussi que les dispositions constitutionnelles programmatiques, dont le contenu normatif reste indéterminé, ne peuvent servir à abroger une disposition de loi ancienne⁹²³. Cette solution a d'ailleurs été, peu de temps après, substantiellement suivie par le Conseil d'État⁹²⁴. Or, puisqu'à cette époque, une loi incompatible avec la Constitution pouvait être censurée uniquement par le biais de l'abrogation et non de l'annulation – du fait de l'absence de contrôle de constitutionnalité – les normes constitutionnelles

⁹²⁰ Sur la différence existant entre les effets de l'abrogation et les effets de l'annulation, voir notamment *Corte cost., sent.*, n° 49 du 2 avril 1970, *Giur. cost.*, p. 555. La Cour précise que « *l'abrogation n'éteint pas la norme, elle délimite la sphère matérielle de son efficacité, ainsi que son applicabilité, aux faits qui se sont produits à un certain moment dans le temps : qui coïncide avec l'entrée en vigueur de cette décision. La déclaration d'inconstitutionnalité, en déterminant la cessation d'efficacité des normes qui en sont l'objet, empêche, par contre, après la publication de la décision qu'elles soient applicables de toute façon, aussi aux cas auxquels elles seraient restées applicables selon les principes communs sur la succession des lois dans le temps* ».

⁹²¹ C. Cass, pen., 7 février 1948, *Foro it.*, 1948, II, p. 57 et s.

⁹²² L'abrogation tacite résulte alors de la volonté du législateur-constituant d'instaurer de nouvelles règles, qui se traduit par une norme nouvelle régissant les mêmes matières que la norme ancienne. C'est le cas aussi en France où, par exemple, l'art. 10 de la Constitution abroge implicitement l'ancien art. 1^{er} al. 1^{er} du Code civil, puisqu'il dispose que « *le Président de la République promulgue les lois (...)* », tandis que l'ancien art. 1^{er} al. 1^{er} du code civil disposait « *les lois seront exécutoires sur tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le Premier Consul* ».

⁹²³ *Ibid.* Voir aussi, par exemple, C. Cass., pen., 15 juillet 1950, cité in PRESTA (S.), « *Dalle norme programmatica all'applicazione diretta* », *op. cit.*

⁹²⁴ CE, 21 décembre 1951, n° 1613, note de V. Crisafulli, in *Foro it.*, 1952, III, p. 205 et s.

programmatisques ne pouvaient être utilisées. La portée normative de cette catégorie de normes était donc nécessairement réduite⁹²⁵.

L'abrogation implique en effet qu'un conflit entre des textes existe, la censure de la loi antérieure trouvant sa justification au regard de la cohérence du système juridique⁹²⁶. Deux normes incompatibles et en vigueur ne peuvent coexister dans un même ordonnancement juridique. La part du lion revient dans ce cas à l'interprète de la norme qui peut attribuer à l'objet de la norme nouvelle une signification qui diffère de celui de la norme ancienne. C'est le cas lorsque le juge estime que la loi nouvelle complète la loi ancienne. Dans cette hypothèse, l'interprétation, en évinçant tout conflit de normes, exclut donc la possibilité de l'abrogation. Il en va de même si la norme législative a pour objet de réglementer immédiatement une matière et que la norme constitutionnelle qui semble *a priori* lui être opposée a, elle, pour objet de prévoir une réglementation à venir. Dans ce cas, l'objet des normes successives, bien que proche, diffère et ne peut conduire à une abrogation. Or, justement, l'objet des normes constitutionnelles programmatisques ne permet pas l'abrogation des lois antérieures à la Constitution.

Plus précisément, selon la Cour de cassation italienne, lorsqu' « *une norme constitutionnelle contient une prescription capable de se substituer à celle de la loi précédente, alors elle a la capacité de l'abroger* »⁹²⁷. Autrement dit, il faut que le contenu de la norme constitutionnelle ait la capacité de se substituer au contenu de la norme législative antérieure. C'est-à-dire que l'objet de la norme soit suffisamment précis pour prévoir une telle prescription et qu'il s'applique aussi au législateur passé. Ce n'est donc que dans ce cas que la norme constitutionnelle peut abroger la norme antérieure contraire. Or, selon la Cour de cassation, ce n'est pas le cas des normes

⁹²⁵ Indépendamment du caractère programmatique de la norme constitutionnelle, il est possible de justifier le fait que les juges ordinaires italiens aient écarté cette portée abrogative par le traditionnel *horror vacui* du juge. L'abrogation « supprime » une norme entrée en vigueur de l'ordonnancement juridique mais ne la remplace pas. Cette solution permet d'éviter tout bouleversement et, ainsi, de préserver la stabilité du système juridique. Il s'agit alors de faire en sorte « *d'éviter que des décisions de la Cour découlent des "vides" dans l'ordre juridique* ». CRISAFULLI (V.), « La Corte costituzionale ha vent'anni », *Giur. Coste.*, 1976, p. 1703. En effet, le fait que la Constitution abroge une loi diffère de l'hypothèse où la loi est abrogée par l'entrée en vigueur d'une autre loi. Dans ce cas, une norme de valeur équivalente prend la place dans le vide juridique qu'elle a créé en neutralisant la loi antérieure incompatible avec elle. Pour le dire plus justement, il n'y a pas eu de vide juridique mais une substitution d'une norme par une autre. En revanche, dans l'hypothèse où une loi est abrogée par la Constitution, un vide juridique en résulte automatiquement. Ne serait-ce qu'au regard de la disposition de loi supprimée par l'abrogation et non remplacée par une autre disposition de loi. Par ailleurs, il faut se rappeler que la Constitution appelait au dépouillement de la législation préfasciste et fasciste. Toutefois, au lendemain de l'adoption de cette Charte, le législateur italien a trop souvent omis d'éliminer ces textes de loi. De son côté, le juge ordinaire italien, à qui il revenait de déclarer l'abrogation tacite de ces dispositions contraires au nouvel idéal démocratique, s'est abstenu de le faire. Voir notamment « Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione », *Giur. cost.*, 1956, p. 261 ; CRISAFULLI (V.), « Incostituzionalità o abrogazione ? », *op. cit.*, p. 277.

⁹²⁶ Sur la notion de système juridique cohérent, voir GUASTINI (R.), *Leçon de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 63 et s.

⁹²⁷ Cité par L. Casini, in CASINI (L.), « La prima sentenza della Corte costituzionale : le memorie processuali », *RTDPub.*, 2006, n° 1, p. 13 et s, spéc. p. 22.

constitutionnelles programmatiques. Celles-ci ont non seulement un contenu incomplet, mais elles visent la production législative à venir et non celle déjà entrée en vigueur.

D'une part, l'imprécision de ces normes permet en effet à l'interprète de favoriser suivant les faits une signification plutôt qu'une autre, afin de rendre les normes constitutionnelles et législatives compatibles dans le meilleur respect de chacune d'entre elles. Dès lors, en ne permettant pas l'existence d'un conflit de normes, l'imprécision de l'objet des normes constitutionnelles programmatiques leur nie tout pouvoir d'abroger une quelconque norme. D'autre part, la Cour de cassation exclut le conflit de normes d'autant plus que, par nature, cette catégorie de normes vise la législation à venir. La norme constitutionnelle programmatique a effectivement pour vocation de confier au législateur un programme à réaliser. Elle ne peut donc concerner la loi antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution italienne. La Cour de cassation affirme d'ailleurs qu'une telle norme « *s'impose seulement au législateur ordinaire futur et n'abroge pas les lois pénales préexistantes, qui contiennent des sanctions pénales pour les faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur* »⁹²⁸.

En 1956, la Cour constitutionnelle clarifie la portée de cette catégorie de normes lorsqu'une loi entrée en vigueur est incompatible avec elle. Selon la Cour, la distinction entre normes prescriptives et normes programmatiques peut être « *déterminante pour décider de l'abrogation ou non d'une loi* »⁹²⁹. Pour elle, « *les dispositions programmatiques de la Constitution, [...] ne peuvent pas abroger les normes antérieures, car les conditions requises à l'abrogation sont différentes et plus restrictives* »⁹³⁰ que celles nécessaires à la déclaration d'inconstitutionnalité. Les normes constitutionnelles programmatiques ne peuvent donc pas servir de fondement à l'abrogation d'une loi en cas d'incompatibilité avec la Constitution. Elles peuvent par contre, comme nous l'avons vu précédemment, justifier une annulation pour inconstitutionnalité de la loi⁹³¹.

⁹²⁸ C. Cass. s.u. pen., 7 février 1948, *op. cit.* Dans le même sens, voir par exemple Cass. S. U., 9 avril 1949, *Foro it.*, n° 838 ; Cass. S.U., 17 février 1954, *Foro pad.*, 1954, I, 225 ; Cass. S.U. pen., 13 mars 1954, n° 16, *Foro it.*, 1954, II, p. 61. La Cour de cassation adopte un raisonnement semblable au sujet de l'article 27 alinéa 1 de la Constitution aux termes duquel « *la responsabilité pénale est personnelle* ». Il s'agissait alors de déterminer si cette norme pouvait abroger l'article 57 du code pénal qui prévoyait un régime particulier en termes de responsabilité pour les délits commis au moyen de l'imprimerie. Par une décision en date du 14 mai 1949 du Tribunal Fermo et une décision en date du 30 novembre 1949 de la Cour d'appel de Rome, les juges ont retenu le caractère programmatique et non prescriptif de cette norme constitutionnelle, excluant par conséquent son application au cas d'espèce. Voir respectivement *Riv. pen.* 1950, p. 418 et s. et *Foro it. Rep.*, 1950, p. 1948.

⁹²⁹ *Corte cost., sent.*, n° 1 de 1956, *op. cit.*

⁹³⁰ BIN, (R.), *op. cit.*, p. 191.

⁹³¹ Cela doit dès lors relativiser l'impact de l'absence de capacité d'abroger des normes constitutionnelles programmatiques sur leur teneur normative. Ce qu'énonce V. Crisafulli, pour qui il importe peu qu'« *entre normes constitutionnelles et normes législatives antérieures il ne subsiste pas cette incompatibilité, proprement dite, qui donne lieu à l'abrogation, et cela indépendamment de la question de l'éventuelle caractère "programmatique" des premières* »⁹³¹, puisqu'« *il subsiste toutefois la violation de la norme*

Le fait que les juridictions italiennes aient eu à trancher la question de savoir si cette catégorie de normes pouvait servir de fondement à l'abrogation d'une loi est nécessairement inhérent à l'existence, dans le système juridique de la péninsule, d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois. En France, ce type de contrôle a longtemps été exclu. Le Conseil constitutionnel pouvait être saisi uniquement des lois qui n'étaient pas encore entrées en vigueur. Mais l'institution en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité, en organisant le contrôle *a posteriori* des lois, introduit dans l'hexagone cette question rencontrée quarante ans plus tôt en Italie. Pour autant, nous verrons que la réponse du juge constitutionnel français diffère de celle rendue par la Cour constitutionnelle, puisque les normes programmatiques de la Constitution française semblent bien être revêtues d'une capacité abrogative de la loi ancienne.

3 § L'intégration des normes constitutionnelles programmatiques aux normes abrogatives en France

Jusqu'en 2008, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'existait pas en France. Dès lors, seules les lois non encore entrées en vigueur pouvaient être contrôlées par le juge constitutionnel, sous réserve que celui-ci ait été saisi par une autorité politique compétente. Par conséquent, les

supérieure de la part de celle subordonnée, donc l'inconstitutionnalité ». *Ibid.* Les aménagements du jugement d'inconstitutionnalité semblent d'ailleurs aller dans ce sens en amoindrissant la place de l'abrogation et en valorisant celle de l'annulation. En ce sens, l'article 136 de la Constitution italienne prévoit que « Lorsque la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une règle de loi ou d'un acte ayant force de loi, la règle de loi cesse de produire effet dès le lendemain de la publication de la décision ». Il n'y a donc pas de rétroactivité des effets de la décision qui sanctionne l'inconstitutionnalité de la loi. Certes, d'après cette disposition, le procédé de l'abrogation est le principe. Toutefois, l'application de cette abrogation stricte et automatique s'est révélée absurde car cela impliquait qu'elle n'ait pas d'incidence sur le litige à l'origine de la question posée. Pour reprendre les mots de G. Zagrebelsky, « dans le procès a quo on dispute de faits, actions, relations juridiques antérieures. La juridiction est tournée vers le passé. L'abrogation de la loi inconstitutionnelle, qui vaut pro futuro, n'aurait eu aucune conséquence sur les procès en cours et, notamment, sur le procès à partir duquel la Cour avait été saisie : une conséquence insoutenable, incompatible avec la nature préjudicielle de la question d'inconstitutionnalité ». ZAGREBELSKY (G.), « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », in « Une nouvelle compétence pour la Cour de cassation : la question préjudicielle de constitutionnalité », Actes de colloque Paris le 3 avril 2009, *LPA*, numéro spécial, n° 126, 25 juin 2009, p. 14. C'est pourquoi, le législateur ordinaire a mis en place une « rétroactivité procédurale » permettant ainsi d'appliquer l'abrogation aux litiges en cours, et répondant ainsi au principe constitutionnel d'égalité devant la loi. (Voir l'article 30 al. 3 loi n° 87 du 11 mars 1953, *Dispositions sur la formation et sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle*, *Gazz. Uff.*, n° 62 du 14 mars 1953, aux termes duquel « les normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision » de la Cour constitutionnelle). Dès lors, lorsque la Cour déclare une loi ancienne inconstitutionnelle, les effets produits par la décision rendent compte d'une annulation et non seulement d'une abrogation. Par exemple, *Corte cost.*, sent., n° 1 du 14 juin 1956, *op. cit.* ; n° 4 du 25 juin 1956, *Giur. cost.*, p. 575 ; n° 1 du 27 janvier 1959, *Giur. cost.*, p. 1 ; n° 72 du 26 juin 1962, *giur. cost.*, p. 772 ; n° 1 du 12 février 1963, *Giur. cost.*, p. 1 ; n° 53 du 3 mars 1963, *Giur. cost.*, p. 686 ; n° 73 du 30 mai 1963, *Giur. cost.*, p. 598 ; n° 77 du 30 mai 1963, *Giur. cost.*, p. 644 ; n° 156 du 13 décembre 1963, *Giur. cost.*, p. 1567 ; n° 38 du 31 mai 1965, *Giur. cost.*, p. 583 ; n° 88 du 6 juillet 1966, *Giur. cost.*, p. 1106 ; n° 168 du 8 juin 1984, *Giur. cost.*, p. 1079. La « rétroactivité procédurale » fait donc produire à la déclaration d'inconstitutionnalité des effets dans le futur ainsi que sur les situations déjà existantes.

lois antérieures à la Constitution de 1958, ainsi que celles qui ont suivi mais qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle avant leur promulgation, pouvaient contrevenir à la Constitution sans que le Conseil constitutionnel puisse les censurer. Si bien que, faute de dispositions constitutionnelles prévoyant l'abrogation des lois anciennes, la question de savoir si les normes constitutionnelles programmatiques pouvaient ou non abroger une loi pouvait difficilement être posée en contentieux constitutionnel. Elle soulevait toutefois des interrogations dans les contentieux ordinaires administratif et judiciaire.

Il est vrai qu'en vertu de sa jurisprudence relative à « la théorie de la loi-écran », le juge administratif français a toujours refusé de contrôler la constitutionnalité d'une loi⁹³². Mais le Conseil d'État a cherché à développer une technique lui permettant de vérifier si l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 n'avait pas, *de facto*, abrogé les lois antérieures incompatibles. Il s'agit de l'abrogation implicite de la loi par laquelle le juge administratif rompt avec la théorie de l'écran législatif⁹³³. Ainsi en est-il par exemple de l'article 4 du code pénal de 1810 qui prévoyait que nulle contravention ne pouvait être punie de peines qui n'aient été prononcées par la loi et qui fut considéré comme étant abrogé sur ce point par les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958⁹³⁴.

En 2005, le Conseil d'État a réaffirmé cette compétence dans trois décisions⁹³⁵ où il énonce que s'il ne lui revient pas « *d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation* », il lui « *revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle* ». Ainsi, tout comme les juridictions ordinaires italiennes, le juge administratif français peut constater l'abrogation implicite des lois anciennes incompatibles avec la nouvelle Constitution. Par contre, le juge judiciaire français refuse toujours cette compétence. Si celui-ci accepte d'appliquer le principe *lex posterior* avec un traité international, il considère que la théorie de l'abrogation implicite s'apparente à un contrôle de constitutionnalité de la loi. À cet égard, la position de la Cour de cassation est constante dans la mesure où elle se refuse à constater l'abrogation implicite d'une loi par une norme constitutionnelle postérieure au motif qu'« *il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'inconstitutionnalité des lois quelle que soit*

⁹³² CE sect. 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, *Rec.* p. 966.

⁹³³ CE, 9 octobre 1959, *Sieur Taddéi*, *Rec.* p. 495.

⁹³⁴ CE sect., 12 février 1960, *Société Eky*, *Rec.* p. 101.

⁹³⁵ CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, *Rec.* p. 1 ; CE, ord., 21 novembre 2005, *Boisvert*, *Rec.* p. 517 ; CE, Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, *Rec.* p. 570, *RFDA*, 2006, p. 41 et s.

la date de leur promulgation »⁹³⁶. Dès lors, avant 2008, seul le juge administratif pouvait prendre acte de l'abrogation implicite d'une loi antérieure à la Constitution. La question est alors de savoir si, dans le cadre de cette procédure, les normes constitutionnelles programmatiques pouvaient servir de fondement à cette abrogation.

Même si elle n'est pas allée de soi, une réponse affirmative a été donnée par le Conseil d'État pour ce qui est des normes programmatiques tirées du Préambule de la Constitution de 1946. Dans ses conclusions sur l'affaire *Ministre des Affaires sociales du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*⁹³⁷, le commissaire du Gouvernement précisait d'ailleurs que « *si en termes de principe, le raisonnement doit être le même que l'on oppose à une loi antérieure des dispositions du corps même de la Constitution ou des principes énoncés par son Préambule, on peut raisonnablement penser qu'il est encore plus difficile de constater l'abrogation d'une loi lorsque est en cause non une disposition précise du texte de la Constitution mais un principe posé par le Préambule dont les contours sont nécessairement plus flous* »⁹³⁸. Pourtant, le Conseil d'État, sur proposition du commissaire, a jugé que l'alinéa 6 du Préambule relatif à la liberté syndicale abroge l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 portant sur le statut des huissiers de justice. Il est vrai que l'exigence de précision de la nouvelle norme est généralement requise pour qu'elle puisse abroger la norme ancienne contraire⁹³⁹. Mais le juge administratif a apporté des tempéraments à cette condition en décidant que, pour que soit reconnue l'abrogation implicite d'une disposition législative antérieure, l'incompatibilité avec la norme constitutionnelle nouvelle doit être manifeste⁹⁴⁰. De cette manière, l'abrogation implicite sur le fondement d'une norme constitutionnelle programmatique tirée du Préambule de la Constitution de 1946 est rare mais certainement pas impossible.

Puis, après l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, le Conseil d'État a reconnu que les normes programmatiques tirées de ce texte pouvaient elles aussi servir de fondement à l'abrogation implicite. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 19 juin 2006, il juge que « *Lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement de 2004 (...), la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions*

⁹³⁶ C.Cass., 18 novembre 1985, Bull. crim., 1985, n° 31.

⁹³⁷ CE, Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, RFDA, 2006, p. 41 et s.

⁹³⁸ STAHL (J.-H.), conclusions CE, Ass., 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales du Travail et de la Solidarité et Syndicat national des huissiers de justice*, Dossier « L'abrogation implicite de la loi », RFDA, 2006, p. 41 et s, spécialement p. 45.

⁹³⁹ CE, Ass., 22 janvier 1988, *Association des Cigognes*, RFDA, 1988, p. 95 et s., conclusions de STIRN (B.).

⁹⁴⁰ En ce sens, « *une abrogation de cette nature doit être explicite et incontestable ; la solution contraire aurait, à chaque changement de Constitution, créé des vides juridiques aux conséquences incalculables* ». ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Tome I, Dalloz, éd. 2007, p. 230. Cité in STAHL (J.-H.), *op. cit.*

législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte »⁹⁴¹. Le Conseil d'État paraît ainsi avoir reconnu que des articles de la Charte, sans être directement invocables par des particuliers en contentieux, pouvaient abroger des dispositions de lois antérieures⁹⁴². L'interprétation faite de cette jurisprudence tend à reconnaître la capacité abrogative des dispositions programmatiques de la Charte de l'environnement. Les décisions rendues par la suite par le Conseil d'État confirment d'ailleurs cette capacité.

Par exemple, dans un arrêt du 26 octobre 2007⁹⁴³, le juge administratif reprend son considérant, non plus à propos des articles 1, 2 et 6 de la Charte, mais à propos de l'article 7 aux termes duquel « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». À cette occasion, le commissaire du gouvernement proposait au Conseil d'État la thèse suivant laquelle les droits prévus par la Charte « *nécessitent, pour produire leur plein effet, l'intervention de mesures législatives d'application. Leur énoncé est en effet trop peu précis et trop peu impératif pour que ces dispositions soient d'application directe* »⁹⁴⁴. Mais le Conseil d'État ne reprend pas cette analyse. Le juge administratif ne se prononce effectivement pas sur le fait de savoir si les dispositions mises en cause de la Charte correspondent à des énoncés suffisamment précis pour pouvoir être directement appliqués. Il se contente de relever que l'article 7 précité était déjà mis en œuvre par diverses dispositions législatives en vertu desquelles avaient été adoptés les actes contestés devant lui. Qu'il lui revient alors de contrôler si les dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte ne sont pas incompatibles avec les exigences qui découlent de celle-ci, sans quoi elles seraient implicitement abrogées⁹⁴⁵. D'ailleurs, deux ans plus tard, le Conseil d'État reconnaît expressément qu'une disposition législative ancienne est implicitement

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² CE, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 19 juin 2006, *Association Eau et Rivières de Bretagne*, n° 282456, *AJDA*, 2006, p. 1584 et s., *Environnement*, 2006, n° 12, p. 10 et s., note FONBAUSTIER (L.).

⁹⁴³ CE, 26 octobre 2007, *M. Serge F. et autres*, n° 299883, inédit au Recueil. Voir aussi CE, 7 mai 2008, *Associations ornithologique et mammologique de Saône et Loire*, n° 309285, Inédit au Recueil Lebon

⁹⁴⁴ GUYOMAR (M.), *Conclusions*, Bulletin de Droit de l'Environnement Industriel n° 5, septembre 2006, p. 42

⁹⁴⁵ « *Considérant que, lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en œuvre des principes énoncés à l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004, à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence en vertu de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions, sous réserve, s'agissant de dispositions législatives antérieures à l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences qui découlent de cette charte ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte doit être apprécié au regard des dispositions du code de l'environnement qui imposent à la commission nationale du débat public de veiller au respect de l'information du public* ». CE, 26 octobre 2007, *op. cit.*

abrogée par l'article 7 de la Charte de l'environnement⁹⁴⁶. Le juge administratif admet donc la force abrogative des normes prévues par la Charte de l'environnement, sans faire de distinction suivant que celles-ci sont programmatiques ou pas.

Les normes constitutionnelles programmatiques peuvent donc être utilisées par le juge administratif pour prononcer l'abrogation implicite de la loi antérieure à la norme constitutionnelle et incompatible avec elle. Par ailleurs, la révision constitutionnelle de 2008, ayant introduit à l'article 61-1 de la Constitution le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sous la forme de la question prioritaire de constitutionnalité⁹⁴⁷, offre de nouvelles perspectives en matière d'abrogation de loi. En effet, il est dorénavant prévu par le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée...* »⁹⁴⁸. Pour autant, les seuls moyens recevables à l'appui d'une telle question sont ceux touchant, selon l'expression consacrée par le pouvoir constituant, aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* »⁹⁴⁹. La question est donc de savoir si les normes constitutionnelles programmatiques appartiennent aux fondements invocables dans le cadre de cette nouvelle procédure qui institue l'abrogation de la loi.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que ces normes issues du Préambule de la Constitution de 1946 ne sont pas exclues des moyens invocables lors d'une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le juge constitutionnel a reconnu comme faisant partie des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » le droit à la protection de la santé ainsi que le droit à la

⁹⁴⁶ « *Considérant que ces dispositions, issues de la loi du 13 juillet 1992, ne sont pas, en tant qu'elles renvoient au pouvoir réglementaire le soin de définir les modalités de l'information du public sur les effets de la dissémination volontaire, compatibles avec les exigences rappelées ci-dessus de la Charte de l'environnement, dès lors que celles-ci ont précisément pour objet, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, de réserver au législateur cette définition ; qu'ainsi, l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 a implicitement mais nécessairement eu pour effet de les abroger ; que, par suite, le ministre ne peut utilement invoquer ces dispositions législatives pour justifier la compétence du pouvoir réglementaire pour définir les conditions et limites de l'information du public sur la dissémination des organismes génétiquement modifiés* ». CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, n° 305314.

⁹⁴⁷ La question prioritaire de constitutionnalité est l'instrument par lequel tout justiciable peut, depuis le 1^{er} mars 2010, soutenir devant le juge ordinaire qu'« une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », en application de l'article 61-1 de la Constitution. Est ainsi introduite devant le juge ordinaire la faculté de contester, par la voie de l'exception, l'inconstitutionnalité de la loi.

⁹⁴⁸ L'abrogation implicite de la loi ne peut s'apparenter à l'abrogation dont font l'objet les dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, elle demeure largement une fiction car le législateur n'est pas tenu d'abroger formellement la loi dont le juge administratif n'a fait que constater l'abrogation de fait. En revanche, selon l'article 62 alinéa 3 de la Constitution, « *les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

⁹⁴⁹ Selon l'article 61-1 de la Constitution, « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

protection sociale prévus au onzième alinéa du Préambule⁹⁵⁰. Il en est de même du droit au travail garanti à l'alinéa 5. Le Conseil, après avoir cité cette disposition, considère que « *le législateur n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre [...], dès lors, il n'a méconnu ni le cinquième alinéa du Préambule de 1946 [...]* »⁹⁵¹. Il s'en suit qu'en vérifiant si le législateur n'a pas porté atteinte au droit à l'emploi, le juge de la rue Montpensier intègre cette norme programmatique au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et pouvant être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il en est de même de la liberté syndicale⁹⁵² prévue à l'alinéa 6 du Préambule et du droit pour tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence garantir par l'alinéa 11⁹⁵³.

À l'instar des normes constitutionnelles programmatiques issues du Préambule de la Constitution de 1946, celles que prévoit la Charte de l'environnement appartiennent à la catégorie des normes invocables au sens de l'article 61-1 de la Constitution pour abroger une disposition législative ancienne inconstitutionnelle. C'est ce qui ressort notamment de la décision n° 2011-116 QPC⁹⁵⁴ au sujet des articles 1 à 4 de la Charte. Le Conseil considère en l'occurrence que le respect des articles 1^{er} - qui renvoie à une norme constitutionnelle programmatique relative au droit à un environnement équilibré et respectueux de sa santé - et 2 de la Charte s'impose à l'ensemble des personnes et non pas seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif.

⁹⁵⁰ Pour le droit à la santé, voir la décision du Conseil n° 2011-202 QPC du 02 décembre 2011, *Mme Lucienne Q.* [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n° 90-527 du 27 juin 1990], *JO* du 3 décembre 2011, p. 20015 ; sur le droit à la protection sociale, voir la décision Cons. const., n° 2011-123 QPC, *M. Mohamed T.* [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé], *op. cit.*

⁹⁵¹ Cons. const., décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N* [Mise à la retraite d'office], *JO* du 5 février 2011, p. 2355. Voir aussi Cons. const., décision n° 2011-139 QPC, 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique* [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales], *JO* du 25 juin 2011, p. 10841.

⁹⁵² Cons. const., décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres* [Représentativité des syndicats], *JO* du 8 octobre 2010, p. 18235 ; Cons. const., décisions n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie* [Représentativité syndicale], *Rec.* p. 326 ; Cons. const., décision n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région* [Représentation des professions de santé libérales], *Rec.* p. 330 ; Cons. const., décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre* [Calcul des effectifs de l'entreprise], *JO* du 30 avril 2011, p. 7535 ; Cons. const., décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011, *Patelise F* [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé], *JO* du 10 décembre 2011, p. 20991.

⁹⁵³ Cons. const., décision n° 2011-123 QPC, 29 avril 2011, *M. Mohamed T.* [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé], *op. cit.*

⁹⁵⁴ Cons. const., décision n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre* [Troubles du voisinage et environnement], *JO* du 9 avril 2011, p. 6361.

Avec la décision n° 2011-183/184 QPC⁹⁵⁵, le Conseil constitutionnel confirme la possibilité pour les dispositions de la Charte de l'Environnement d'appartenir à la catégorie de normes invocables au sens de l'article 61-1 de la Constitution. À cette occasion, les requérants soutenaient que l'article L 511-2 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, et le paragraphe III de l'article L 512-7 du même code dans sa rédaction issue de la même ordonnance, méconnaissaient les exigences constitutionnelles posées par les articles 1^{er} et 7 de la Charte. Après avoir affirmé que les dispositions de l'article 7 « figurent au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit », le juge constitutionnel déclare la loi inconstitutionnelle.

Restait la question des normes constitutionnelles programmatiques qui correspondent aux objectifs de valeur constitutionnelle. On a vu que le Conseil constitutionnel a tranché le débat doctrinal qui portait sur la question de savoir si ce type de normes faisait partie intégrante des fondements invocables à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité⁹⁵⁶. Pour le juge constitutionnel, les objectifs de valeur constitutionnelle qui conditionnent l'exercice de droits et libertés garantis font effectivement partie des normes programmatiques invocables au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Le contenu programmatique de certaines normes constitutionnelles pourrait paraître impropre à la reconnaissance de ces normes comme fondement d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou d'une abrogation. Il pourrait, de ce fait, largement limiter la teneur normative de cette catégorie de normes. Cependant, il n'en est rien.

Tout d'abord, que ce soit en France ou en Italie, le juge du contrôle de la constitutionnalité des lois a clairement intégré ces normes à l'ensemble des normes constitutionnelles. Programmatique ou pas, une norme constitutionnelle peut servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité car le législateur ne doit pas la méconnaître.

En revanche, la « programmaticité » de la norme influe sur sa capacité abrogative. L'exclusion de ces normes constitutionnelles du champ de l'abrogation, lorsqu'elle a lieu, n'est toutefois pas uniquement liée à leur caractère programmatique. Il est vrai qu'elles contiennent des programmes

⁹⁵⁵ Décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], *JO* du 15 octobre 2011, p. 17466

⁹⁵⁶ Sur ce point, voir nos développements relatifs à l'approche formelle de la normativité.

à réaliser et sont, en cela, des normes téléologiques qui fixent un but à atteindre. Elles impliquent donc une action à accomplir. Par conséquent, elles visent essentiellement le législateur postérieur à leur inscription dans la Constitution, excluant donc de leurs destinataires le législateur antérieur. Par conséquent, les juridictions ordinaires ainsi que la juridiction constitutionnelle italiennes les ont exclues de l'ensemble des normes servant de fondement à une abrogation. Mais les conséquences de cette exclusion sur la teneur de la normativité des normes constitutionnelles programmatiques doivent être relativisées puisque ces normes servent de fondement à l'annulation pour inconstitutionnalité d'une loi.

En revanche, les normes programmatiques de la Constitution française sont susceptibles de provoquer l'abrogation une loi. Lorsqu'il a accepté de prendre acte de l'abrogation implicite des lois anciennes incompatibles avec la Constitution, le juge administratif a aussi reconnu que ces normes pouvaient être invoquées à cet effet. Ce que ne semble pas infirmer le juge constitutionnel depuis que le contrôle de constitutionnalité *a priori* a été institué en 2008. En effet, le Conseil constitutionnel considère que les normes programmatiques du Préambule de la Constitution de 1946 tout comme celles de la Charte de l'environnement et les objectifs de valeur constitutionnelle corrélés à la protection d'un droit ou d'une liberté relèvent des normes susceptibles d'être invoquées à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité⁹⁵⁷.

Ainsi, quand bien même les normes constitutionnelles programmatiques seraient exclues des normes constitutionnelles abrogatives - comme c'est le cas en Italie - cela ne doit pas excessivement amoindrir leur teneur normative. L'effet juridique négatif que produisent ces normes lors d'une annulation consécutive à une déclaration d'inconstitutionnalité ayant été accepté, tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour constitutionnelle, il « compense » l'absence de capacité abrogative des normes constitutionnelles programmatiques. Il est suffisant pour que ces dernières soient dotées d'une normativité concrète certaine. C'est pourquoi, dans le principe du contentieux constitutionnel, ces normes doivent être vues comme étant dotées d'une réelle consistance normative. En revanche, la pratique du contentieux démontre que la

⁹⁵⁷ En outre, il faut déduire de ce qui précède que pour sanctionner une loi jugée inconstitutionnelle, le procédé de l'abrogation tend à s'effacer derrière celui de l'annulation. Ce constat observable en France l'est aussi en Italie. En effet, appelée « abrogation » dans le texte de la Constitution française, la sanction de la loi ancienne prononcée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité se révèle être, dans les faits, une déclaration d'inconstitutionnalité. Aussi, même si les normes constitutionnelles programmatiques sont invocables à l'occasion de cette procédure, les effets de la décision sanctionnant la loi jugée inconstitutionnelle ne sont en réalité, non pas ceux de l'abrogation, mais ceux de l'annulation. Dans le même sens, l'aménagement législatif des effets de la décision rendue par la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle juge inconstitutionnelle la loi qui lui est déférée fait glisser l'abrogation vers l'annulation. En effet, en introduisant une « rétroactivité procédurale », la sanction de l'inconstitutionnalité de la loi vaut pour le futur mais aussi pour les situations déjà existantes. La place de l'abrogation est dès lors, par la force des choses, en retrait par rapport à celle de l'annulation qui devient le principe en Italie.

programmaticité de la norme constitutionnelle emporte des conséquences sur sa teneur normative. Nous verrons en effet que c'est dans les faits que se manifeste toute la particularité de la portée normative des normes constitutionnelles programmatiques qui ne peut qu'être limitée.

CHAPITRE 2

UNE PORTEE NORMATIVE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS LIMITEE DANS LES FAITS

La teneur normative particulière des normes constitutionnelles programmatiques est surtout la conséquence de l'approche que font les juges et le législateur de ces exigences constitutionnelles. Une approche qui rend compte du fait que l'efficacité du droit ne dépend plus seulement de son caractère prescriptif, mais est aussi liée pour beaucoup à l'influence des intermédiaires (juge, législateur, administration) « créateurs » de politiques publiques et des destinataires de ces politiques (individus, groupes d'individus)⁹⁵⁸. Du soutien de ces médiateurs dépendra la mise en œuvre effective des programmes constitutionnels. Nous verrons alors que, parce qu'il rend plus compte d'intérêts concrets qu'abstrait, ce droit, de forme programmatique, devient souvent conditionné par les contingences imposées par la réalité. Pour ces raisons, le droit paraît évoluer vers un droit négocié dont la mise en œuvre nécessite une constante évaluation des intérêts garantis, des possibilités contextuelles, de l'efficacité de la politique publique...

Les normes constitutionnelles programmatiques prévoient effectivement des programmes politiques ou sociaux à réaliser. Comme toute réalisation, ces prestations ont un coût. À l'évidence, elles emportent des conséquences sur les finances de l'État. Ces effets s'imposent alors au législateur lorsqu'il doit déterminer les modalités de mise en œuvre de ces normes. Mais, du fait de l'imprécision de ces dernières, le législateur bénéficie aussi d'une certaine liberté dans le cadre de cette mise en œuvre.

Il s'agit ici de montrer que le processus de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques demeure inexorablement lié aux choix du législateur et au contrôle de ces choix par le juge des lois, tout comme aux conjonctures économiques, sociales ou politiques. À cet égard, la préservation du pouvoir discrétionnaire du législateur ainsi que la garantie de l'équilibre

⁹⁵⁸ L'efficacité correspond aux résultats, autrement dit aux effets qui sont les conséquences d'une politique publique déterminée. Ainsi, « *une politique ou une norme sont efficaces si les résultats correspondent à leurs objectifs; [...] Elle est en revanche inefficace, même si elle offre de nombreuses prestations, même si elle provoque de nombreux impacts, lorsqu'elle qu'elle se traduit, contre toute attente, par de piètres résultats* ». Voir notamment, FLÜCKIGER (A.), « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne de sciences sociales*, XLV-138, 2007, p. 83 et s. L'effectivité indique quant à elle le niveau d'adéquation entre les buts visés et le comportement effectif des catégories ciblées. Elle s'apprécie au regard des *impacts* auprès de ces dernières. Autrement dit, au regard de leur modification de comportement effectif consécutif à la mise en œuvre d'une norme constitutionnelle programmatique par une loi.

des finances publiques, la modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelles tout comme le « sauvetage » des lois pourtant apparemment incompatibles avec ces normes, sont autant d'éléments qui limitent la portée des normes constitutionnelles programmatiques. En effet, la limitation de la teneur normative de ces normes est intimement liée au fait que leur concrétisation (Section 1) – c'est-à-dire leur mise en œuvre législative – tout comme leur effectivité (Section 2) – c'est-à-dire l'impact que cette mise en œuvre a réellement sur les comportements visés – sont particulièrement restreintes dans les faits. C'est pourquoi la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques manifeste un droit dont la normativité concrète reste limitée.

SECTION 1

LA CONCRÉTISATION LIMITÉE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

Les limites auxquelles se heurte le processus de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques se superposent. D'abord, le pouvoir discrétionnaire avec lequel le législateur détermine les modalités de mise en œuvre de ces normes est susceptible de restreindre leur concrétisation (1§). Ensuite, même si un dispositif législatif est mis en place, le législateur peut intervenir par la suite en restreignant les garanties qu'il prévoit. Ce qui constitue un frein supplémentaire à la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques dont les garanties ne sont pas intangibles (2§).

1 § : La concrétisation législative des normes constitutionnelles programmatiques restreinte par le pouvoir discrétionnaire du législateur

Le législateur italien et son homologue français bénéficient d'une certaine liberté pour concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques, en raison de leur pouvoir discrétionnaire qui leur permet d'apprécier les modalités d'intervention⁹⁵⁹ (A). La concrétisation de ce type de normes est par conséquent limitée par la « discrétionnalité » du législateur⁹⁶⁰. Cette liberté dont dispose le législateur ne fait effectivement l'objet que d'un contrôle restreint de la part du juge constitutionnel (B).

A - Le pouvoir discrétionnaire du législateur, une liberté dans la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques

La limitation de la portée des normes constitutionnelles programmatiques trouve une raison première dans le pouvoir discrétionnaire du législateur chargé de les concrétiser. Comme le souligne J.-C. Escarras, le constituant a « *tracé un programme, laissant aux organes des pouvoirs publics qu'il instituait, et d'abord au législateur placé sous la surveillance de la Cour*

⁹⁵⁹ BOCKEL (A.), « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 54.

⁹⁶⁰ D'autant qu'en raison du caractère discrétionnaire de la décision de légiférer, « *rares sont les juges constitutionnels qui osent censurer l'inaction du législateur* ». FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 87.

constitutionnelle, le soin de le “traduire dans une réalité juridique effective et vivante” »⁹⁶¹. Autrement dit, seul le but est prévu par la norme : les moyens pour l’atteindre sont tus et laissés à la discrétion du pouvoir législatif. Dans cette mesure, afin de vérifier la constitutionnalité de la loi mettant en œuvre une norme constitutionnelle programmatique, le juge devra composer avec le pouvoir discrétionnaire dont use le législateur⁹⁶² pour choisir les modalités de concrétisation de cette norme.

Le « pouvoir discrétionnaire » peut s’analyser comme « *cette liberté de choix accordée à une autorité dans l’exercice de sa compétence, résultant d’une indétermination de la réglementation* »⁹⁶³. Or, marquées par l’imprécision, les normes programmatiques restent muettes quant au moment et aux moyens à déployer pour atteindre le but qu’elles prévoient. Par conséquent, si le législateur est obligé⁹⁶⁴ de mettre en œuvre les programmes constitutionnels, l’obligation ne concerne pas le mode de réalisation. C’est précisément là que réside la discrétionnalité du législateur. Ainsi, le juge constitutionnel français précise parfois dans ses considérants qu’il lui est « *loisible [au législateur] d’adopter, pour la réalisation ou la conciliation d’objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d’apprécier l’opportunité* »⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ ESCARRAS (J.-C.), *La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève...*, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁶² Comme on l’a évoqué préalablement, l’imprécision des normes constitutionnelles programmatiques, leur aspect téléologique tout comme leur dimension axiologique sont à l’origine de la marge de manœuvre du législateur. On trouve effectivement une raison à cela dans la souplesse avec laquelle ces normes déterminent la conduite que doit adopter le législateur. Celui-ci bénéficie alors d’une certaine liberté pour déterminer les moyens de concrétisation des normes. Il s’agit du pouvoir discrétionnaire du législateur. L’imprécision engendre la discrétionnalité. G. Vedel précise à cet égard que « *la précision ou l’imprécision de la norme constitutionnelle détermine pour le législateur des zones de compétence liées et de pouvoir discrétionnaire différentes et, en cas de silence de la loi, des pouvoirs différents du juge* ». VEDEL (G.), « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 54.

⁹⁶³ BOCKEL (A.), « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », *op. cit.*, p. 43. Voir aussi PIZZORUSSO (A.), « Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l’usage par le législateur de son pouvoir d’appréciation discrétionnaire », *AJJC*, II-1986, p. 35. Il faut toutefois distinguer ce pouvoir de l’arbitraire, comme il convient aussi de l’opposer à ce que l’on désigne en droit par la « compétence liée ». L’arbitraire signifie, en effet, une liberté totale de l’actant. A l’inverse, la compétence liée implique que l’autorité, obligée d’agir d’une certaine manière, est privée de liberté. L’hypothèse du pouvoir discrétionnaire se place à mi-chemin des deux précédentes. Elle se situe entre l’arbitraire et la compétence liée. Elle offre, d’une part, au législateur, une liberté de choix pour déterminer les moyens de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques. Elle oblige, d’autre part, le législateur à rester dans le domaine de compétence que prévoit la Constitution.

⁹⁶⁴ L’obligation ici mentionnée s’entend dans les conditions que l’on a déjà évoquées.

⁹⁶⁵ Cons. const., décision n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Allocations familiales, Rec.*, p. 320, cons. 32. Dans le même sens, le juge des lois affirme « *qu’il est à tout moment loisible au législateur, dans le domaine de sa compétence, d’adopter, pour la réalisation ou la conciliation d’objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d’apprécier l’opportunité...* », Cons., const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d’orientation et de programmation pour la justice, Rec.*, p. 204, cons. 67. Citons encore la décision n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, cons. 33, *JO* du 13 mai 2010, p. 8897, texte n° 2. Le juge constitutionnel utilise encore son considérant classique pour reconnaître le pouvoir discrétionnaire du législateur, aux termes duquel « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa*

Pour les juridictions constitutionnelles française et italienne, le législateur a effectivement le choix entre différentes options pour concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques. Ainsi, concernant celle relative à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel français considère que « *le législateur peut, s'agissant des mesures applicables au séjour des étrangers en France, décider que les modalités de mise en œuvre de cet objectif reposeront, soit sur des règles de police spécifiques aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit même sur une combinaison de ces deux régimes* »⁹⁶⁶. De son côté, la Cour constitutionnelle italienne précise que la réalisation du droit à l'assistance sociale correspond à un choix en ce qu'il revient « *à la discrétionnalité du législateur la détermination des moments, des modalités et de la mesure des prestations sociales* »⁹⁶⁷. Dans le même sens, en matière de retraite dans le secteur public, la *Consulta* affirme qu'il revient au législateur, en l'absence d'un principe constitutionnel qui assure l'adaptation constante des pensions au traitement économique de l'activité de service correspondant, d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'introduire un mécanisme propre à garantir une telle adaptation⁹⁶⁸.

Toutefois, si les juges constitutionnels français et italien reconnaissent une certaine marge de manœuvre au législateur pour concrétiser ce type de normes par un dispositif législatif, ce n'est pas sans lui poser certaines limites. La liberté de choix du législateur pour mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique n'est pas absolue. Pouvoir discrétionnaire ne signifie pas pouvoir arbitraire. Même s'il est libre du moment et de la modalité de réalisation du programme constitutionnel, le législateur doit tout de même respecter les prescriptions constitutionnelles. Celles qui prévoient son domaine de compétence, ainsi que celles relatives aux droits et libertés.

À ce titre, le Conseil constitutionnel français précise que la norme programmatique prévue à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 certes, « *implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités ; qu'il lui [au législateur] est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas*

compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ».

⁹⁶⁶ Cons. const., décision n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi Joxe*, *Rec.*, p. 81, cons. 12. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à affirmer que le législateur, qui doit concrétiser la norme constitutionnelle programmatique ou la concilier avec d'autres normes constitutionnelles, a le choix entre plusieurs possibilités pour y parvenir. Ce choix manifeste précisément le pouvoir discrétionnaire dont il est question. Il en est ainsi lorsque le juge des lois français reconnaît par exemple qu'il est « *loisible* » au législateur « *d'adopter pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles* ». Voir Cons. const., n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, *Rec.* p. 430.

⁹⁶⁷ *Corte cost.*, *sent.* n° 17 du 19 janvier 1995, *Giur. cost.*, p. 216 ; *Corte cost.*, *sent.* n° 28 du 15 février 1984, *Giur. cost.*, p. 94 ; *Corte cost.*, *sent.* n° 105 du 17 avril 1985, *Giur. cost.*, p. 661.

⁹⁶⁸ *Corte cost.*, *sent.* n° 30 du 23 janvier 2004, *Giur. cost.*, p. 462.

*échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles »*⁹⁶⁹. Mais, à côté de cette réaffirmation du pouvoir discrétionnaire du législateur, le Conseil constitutionnel ne manque pas de poser clairement une limite à l'exercice de ce pouvoir. Aussi, il poursuit son considérant en précisant « *que cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »*⁹⁷⁰. Le juge des lois insiste donc sur les limites à la marge de manœuvre du législateur. Celui-ci est bien libre du choix du dispositif réalisant les normes constitutionnelles programmatiques, mais il s'agit d'une « liberté limitée » « *à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre »*⁹⁷¹.

Il en est de même de l'autre côté des Alpes, où, s'il est permis au législateur italien d'aménager dans le temps la garantie des droits prévus par les programmes constitutionnels, c'est « *sans toutefois "dénaturer" le caractère inviolable de ces droits »*⁹⁷². Ainsi, à propos de la différence qui existe entre le traitement des pensions de retraites attribuées aux personnes avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives litigieuses et le traitement des pensions de retraites postérieures à ces textes, la Cour considère que « *puisque'il n'existe pas de principe constitutionnel qui puisse garantir l'ajustement constant des retraites au salaire de l'activité professionnelle, la détermination de mécanismes qui assurent le maintien de la juste proportion des retraites est réservée à l'appréciation discrétionnaire du législateur »*⁹⁷³. Le juge constitutionnel italien reconnaît donc bien expressément le pouvoir discrétionnaire du législateur pour aménager la mise en œuvre d'une norme constitutionnelle programmatique, en l'occurrence celle relative à l'article 38 de la Constitution. Mais il encadre cette discrétionnalité en ajoutant dans le même considérant que le législateur exerce ce pouvoir seulement « *dans la limite, dans tous les cas, d'assurer "la*

⁹⁶⁹ Cons. const., décision n° 2003-483 DC, *op. cit.*

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ Cons. const., n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat, Rec.*, p. 176. En outre, dans son travail de concrétisation des normes programmes, le législateur doit veiller à ne pas « dénaturer » la substance des droits et libertés avec lesquels la norme à réaliser entre en conflit ; tout comme il ne doit pas « dénaturer » la garantie prévue par la norme programmatique elle-même. Le Conseil constitutionnel affirme ainsi que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le législateur ne doit « *pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre »*. Cons. const., décision n° 94-359 DC précitée. Dans le même sens, Cons. const., décision n° 2010-605 DC, *op. cit.*

⁹⁷² VALENTI (V.), *I principi costituzionali in materia previdenziale e la loro dimensione intertemporale*, Università di Bologna, version dactylographiée, 2009, p. 56. Sur la notion de *ragionevolezza*, nous renvoyons le lecteur à nos développements à venir. Pour une étude particulière de la notion, voir MODUGNO (F.), *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Naples, 2007.

⁹⁷³ *Corte. cost.*, sent. n° 30 du 23 janvier 2004, *op. cit.*

garantie des exigences minimales de protection de la personne" »⁹⁷⁴. La liberté de concrétisation n'est donc pas totale. La Cour constitutionnelle italienne met d'ailleurs clairement en garde le législateur de ne pas tomber dans l'arbitraire en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Elle déclare ainsi que « *l'exercice arbitraire et déraisonnable du pouvoir législatif de disposer à ce sujet du moment, des moyens et de la quantité, qui va nuire à la prestation ou au contenu essentiel de ces droits, ne sera pas privé de sanction...* »⁹⁷⁵. Ce que confirme la doctrine italienne en rappelant que « *la marge d'appréciation que la jurisprudence constitutionnelle laisse au législateur reste, en tout état de cause, dans la sphère de la discrétionnalité et certainement pas dans celle de la liberté* »⁹⁷⁶.

Dès lors, des deux côtés des Alpes, la jurisprudence constitutionnelle est soucieuse de prévoir des limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur⁹⁷⁷. Toutefois, l'inconstitutionnalité de la loi mettant en œuvre une norme constitutionnelle programmatique n'est pas souvent avérée. Si le Conseil constitutionnel français vérifie que l'exercice du pouvoir législatif n'a pas privé de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle et si la Cour constitutionnelle italienne insiste sur le fait que le législateur ne doit pas dénaturer le caractère inviolable des droit ni les priver de leur contenu essentiel, il est pourtant rare qu'une disposition de loi soit sanctionnée sur le fondement de ces impératifs. La marge d'appréciation reconnue au législateur pour concrétiser un programme constitutionnel a pour corollaire le fait que, des deux côtés des Alpes, le juge constitutionnel effectue seulement un contrôle restreint de la loi de concrétisation d'une norme constitutionnelle programmatique.

⁹⁷⁴ *Ibid.* Dans le même sens, *Corte cost., sent. n° 457* du 30 décembre 1998, *Giur. cost.*, p. 3804 ; *Corte cost., sent. n° 202* du 18 mai 2006, *Giur. cost.*, p. 2044. Dans ces décisions, le juge des lois italien emploie encore cette formule suivant laquelle le législateur doit veiller à garantir « *les exigences minimales de protection de la personne* ». *Corte cost., sent. n° 202* du 18 mai 2006, *op. cit.* Sur la prise en compte de la discrétionnalité du législateur par le juge constitutionnel italien dans sa mission de garant des droits constitutionnels, voir notamment FATA (C.), « *La tutela dei diritti fondamentali tra discrezionalità del legislatore e Corte costituzionale* », *Rassegna Parlamentare*, n° 1, janvier-mars 2007, ed. Jovene, p. 395 et s. Quant à une approche de la notion de noyau dur des normes constitutionnelles programmatiques, voir BELLETTI (M.), « *“Livelli essenziali delle prestazioni” e “contenuto essenziale dei diritti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale* », *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. Califano, Giappichelli, Turin, 2004, p. 181 et s.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ COLAPIETRO (C.), « *I trattamenti pensionistici ed limite delle risorse disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale* », note sous *Corte cost., sent. n° 417* du 27 décembre 1996, *Giur. cost.*, p. 58 ; PARDINI (J.-J.), « *Principe de gradualità et droits sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie* », *op. cit.*, p. 70.

⁹⁷⁷ Celui-ci bénéficie d'une certaine liberté dans l'aménagement des dispositifs législatifs qui poursuivent la réalisation des normes constitutionnelles programmatiques. Mais cette liberté reste expressément encadrée par les juridictions constitutionnelles. Pour reprendre les mots du Doyen J.-C. Escarras en les appliquant aussi bien au juge constitutionnel italien qu'à son homologue français, « *la conception que la Haute instance a du “pouvoir d'appréciation discrétionnaire” du Parlement est, pour le moins, singulière, dans la mesure où en reprenant le fameux couple mise en cause – mise en œuvre du Doyen Favoreu, il semble (...) que la “discrétionnalité” en question n'existe vraiment que pour la mise en œuvre, alors que la compétence législative apparaît fortement liée pour la mise en cause* ». ESCARRAS (J.-C.), Communication au V^{ème} Congrès de l'Association italienne des constitutionnalistes, AIJC, 1990, p. 762.

B - Une liberté de concrétisation rarement remise en cause par le juge constitutionnel : le contrôle restreint de la loi

La vocation des normes constitutionnelles programmatiques à déterminer les comportements est limitée en raison de l'imprécision de leur formulation. Cette limitation se manifeste - outre le fait que ces normes laissent une large marge d'appréciation au législateur pour les mettre en œuvre - par le fait que leur protection est la majeure partie du temps limitée. En effet, le pouvoir discrétionnaire du législateur devient d'autant plus important que son exercice est rarement censuré par le juge de la loi.

Une des manières dont s'exprime ce pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le législateur pour concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques est de hiérarchiser - pour ce qui est du contenu - les priorités et - pour ce qui est du moment - l'agenda de sa production normative. En ce sens, le législateur peut définir librement le problème qui fera l'objet de son attention, sans que le juge constitutionnel ne puisse intervenir sur cette hiérarchisation. Or, à travers l'établissement d'un ordre de priorités normatives se jouent des choix en termes de valeurs dans lesquels les juridictions constitutionnelles ne s'immiscent pas. La Cour constitutionnelle italienne restreint effectivement son contrôle de la loi de concrétisation de ces normes constitutionnelles au contrôle de *l'irragionevolezza* manifeste de la loi (1) tout comme le Conseil constitutionnel français se limite à sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix du législateur (2).

1 : Une sanction limitée à la « manifesta irragionevolezza » de la mesure de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques en Italie

Une des particularités du jugement rendu par la Cour constitutionnelle italienne sur la constitutionnalité d'une disposition législative porte sur la *ragionevolezza* de la loi⁹⁷⁸. Le juriste comparatiste sait que, parfois, la traduction dans une langue étrangère de termes techniques utilisés dans un système juridique national se heurte à certains écueils d'ordre linguistique. C'est

⁹⁷⁸ La doctrine italienne a beaucoup écrit sur cette notion. Par exemple, les Actes du Séminaire d'études tenu au Palais de la Consulta à Rome les 13 et 14 octobre 1992 intitulé *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milan, Giuffrè, 1994 ; FOIS (S.), « "Ragionevolezza" e "valori" : interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto », *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1994, p. 112; MORRONE (A.), *Il custode della ragionevolezza*, Milan, Giuffrè, 2001; RUGGERI (A.), « Interpretazione costituzionale e ragionevolezza », *Politica del diritto*, XXXVII, n° 4, décembre 2006, Il Mulino, Bologne, p. 531 et s. ; DE OTO (V.), « Interpretazione abrogante, abrogazione tacita e inconstituzionalità per irragionevolezza », *50 anni. Corte costituzionale, op. cit.*, 2006, p. 239. ; MODUGNO (F.), *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale, op. cit.* Pour une comparaison en français du contrôle de *ragionevolezza* et du contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel français, voir DONNARUMMA (M.-R.), « Un mythe brisé : l'intangibilité de la loi. Le contrôle juridictionnel de la "ragionevolezza" des lois », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 797 et s.

le cas du vocabulaire italien *ragionevolezza* qui ne trouve pas de traduction fidèle en français. Toutefois, on considère généralement que le contrôle de la *ragionevolezza* d'une loi correspond au contrôle de son caractère « raisonnable » et « rationnel »⁹⁷⁹. Si bien que le contrôle auquel ce principe s'applique implique l'appréciation de la mesure mise en cause et de la raison pour laquelle cette mesure a été prise.

La Cour constitutionnelle italienne utilise donc ce paramètre de la *ragionevolezza* pour évaluer la constitutionnalité du choix du législateur. La démocratie pluraliste qu'est l'Italie amène, en effet, le juge de la loi à mettre en rapport des valeurs constitutionnelles concurrentes. C'est ici la question de l'opportunité des lois dont il s'agit : l'intervention de la loi de concrétisation ayant comme prémisses la nécessité de répondre à une situation de fait, il faut pouvoir identifier ce fait et savoir si la solution apportée par cette loi est opportune. Il convient pour cela que le juge constitutionnel vérifie « avec plus d'acuité les bases matérielles »⁹⁸⁰ des interventions du législateur, et contrôle que « les choix législatifs soient fondés sur des éléments matériels certains et convenablement considérés par le législateur »⁹⁸¹. Ces principes sont ainsi sous-tendus par le « bon sens » qui les inspire ; pour le dire autrement, par la « *ragionevolezza* ».

Ainsi, l'exercice « arbitraire » et « irrationnel » du pouvoir législatif sera sanctionné, « parce qu'il fera l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sous l'angle de la *ragionevolezza* de la discrétionnalité du législateur »⁹⁸². Toutefois, le juge constitutionnel italien est particulièrement « charitable » dans l'appréciation des choix faits par le législateur pour mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique. En effet, il restreint son contrôle à la seule *manifesta irragionevolezza*⁹⁸³ de la disposition législative mise en cause de telle manière que la Cour constitutionnelle aura tendance à ne pas retenir l'atteinte à la garantie prévue par cette norme constitutionnelle.

⁹⁷⁹ G. Zagrebelsky propose de mettre en rapport la *ragionevolezza* et la rationalité. En ce sens, « la rationalité est un caractère interne à un système dominé par un principe de cohérence et se résume en un critère de non-contradiction » alors que la *ragionevolezza* « introduit un critère di aequitas dans l'appréciation des classifications législatives ». ZAGREBELSKY (G.), *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1977, p. 148. La *ragionevolezza* correspond à un outil permettant de contrôler la cohérence de l'ordonnement. Le législateur ne doit donc pas porter atteinte à la cohérence interne de l'ordonnement. A cet égard, voir par exemple *Corte. cost., sent. n° 91 du 27 juin 1973, Giur. cost.*, p. 932 et *Corte. cost., sent. n° 10 du 23 janvier 1997, Giur. cost.*, p. 77. La *ragionevolezza* impose dès lors au législateur une obligation de cohérence interne et de pertinence de la disposition législative.

⁹⁸⁰ LUCIANI (M.), *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padoue, Cedam, 1983. Cité in PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » ...*, *op. cit.* p. 105.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² ESCARRAS (J.-C.), Communication au V^{ème} Congrès de l'Association italienne des constitutionnalistes, *op. cit.*, p. 766.

⁹⁸³ *Corte. cost., sent. n° 180 du 25 octobre 1982, Giur. cost.*, p. 2010 et s.

C'est par exemple ce qu'elle fait dans son ordonnance du 6 février 2006⁹⁸⁴. En l'espèce, les requérants avaient soulevé devant la Cour le caractère *irragionevole* de la disposition législative mise en cause. Il s'agissait d'une disposition qui prévoyait que le personnel enseignant mis hors fonction, ou affecté dans d'autres secteurs en raison de son inaptitude permanente, pouvait demander à être affecté dans le corps de l'administration scolaire ou d'autres administrations nationales et organismes publics. Selon cette disposition, ce personnel enseignant, en cas de non affectation dans un autre corps, est maintenu en service pour une durée maximum de cinq ans à partir de la date de mise hors de fonction. Mais, selon cette disposition législative, pour le personnel déjà déclaré inapte, le délai de cinq ans commence à compter de la date de l'entrée en vigueur de cette loi. Pour les requérants, cette mesure introduisait *irragionevolmente* une discrimination au sein des employés d'une école à l'encontre des enseignants déclarés inaptes à la fonction de professeur pour des motifs de santé. Le législateur aurait donc outrepassé son pouvoir discrétionnaire, faisant de cette disposition l'expression de son choix arbitraire. Or, selon les requérants, la norme constitutionnelle programmatique relative au droit au travail garantit le droit de ne pas subir de licenciement arbitraire. C'est pourquoi, en raison de sa *manifesta irragionevolezza*, la disposition législative mise en cause méconnaissait le droit au travail garanti par la Constitution.

Toutefois, après s'être livrée à une appréciation de la mesure législative incriminée, la Cour constitutionnelle écarte le moyen tiré de *l'irragionevolezza* manifeste soulevé par les requérants. Selon elle, le législateur n'a pas porté d'atteinte inconstitutionnelle à la norme programmatique relative au droit au travail. La Cour rappelle alors que le principe de protection du travail n'implique pas un droit au maintien à un poste déterminé de travail, mais se traduit seulement en droit à ne pas subir de licenciement arbitraire. Ce qui, pour la Cour, n'est pas le cas ici puisque le législateur a simplement exercé son pouvoir discrétionnaire. Pour en arriver à cette solution, la Cour précise que « *les trois catégories de personnels qui opèrent dans le monde de l'école – professeur, dirigeant et administratif – représentent des activités à statut juridique distinct qui justifient l'appréciation différente effectuée par le législateur – avec un choix discrétionnaire non irragionevole* ». Cette différence est déterminée au regard de compétences et des devoirs différents selon les catégories. Pour la Cour, la différence des statuts juridiques de chacune de ces catégories justifie donc le traitement différencié fait par le législateur.

Par ce type de raisonnement, la Cour constitutionnelle italienne manifeste son refus d'intervenir sur l'opportunité d'une mesure législative. Pour elle, cela reviendrait à effectuer un contrôle politique, et non juridique, de la loi. Refus d'autant plus important que, par définition, les normes

⁹⁸⁴ *Corte cost.*, ordo. n° 56 du 6 février 2006, *Giur. cost.*, p. 505.

constitutionnelles programmatiques sont le fondement de politiques publiques dont la loi est le support. Leur mise en œuvre étant affaire de choix politiques qui doivent se réaliser dans le respect du droit, la Cour, saisie d'une mesure de concrétisation d'une telle norme, doit donc se limiter à vérifier la constitutionnalité de la mesure, et non juger son opportunité. Elle contrôle seulement que, pour concrétiser la norme constitutionnelle programmatique, le législateur a légiféré en vertu de son pouvoir discrétionnaire et non de manière arbitraire.

Certains auteurs⁹⁸⁵ ont pu avancer qu'au cours de l'appréciation de la *ragionevolezza*, la Cour effectue une sorte de jugement de valeur. Celui-ci porterait d'une part, sur l'aptitude des mesures mises en œuvre à atteindre l'objectif désiré, d'autre part, sur les conséquences qu'emportent ces mesures sur l'exercice du droit mis en cause, celles-ci ne devant pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Pour ce faire, le juge constitutionnel italien effectue une appréciation plutôt concrète de la loi mise en cause⁹⁸⁶. Il compense ainsi l'imprécision des normes constitutionnelles programmatiques. De cette manière, la Cour construit ce que R. Guastini nomme une « hiérarchie axiologique mobile »⁹⁸⁷. En ce sens, la proportionnalité doit exister entre la mesure de concrétisation de la norme et la réalité qui entoure le besoin auquel la mise en œuvre du programme constitutionnel entend répondre⁹⁸⁸.

Dès lors, pour réaliser ce contrôle de *ragionevolezza* et apprécier si le caractère manifestement *irragionevole* est avéré, la Cour constitutionnelle possède un instrument important. En effet, très tôt, la *Consulta*, qui a embrassé les thèses réalistes⁹⁸⁹, affirme que « les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre

⁹⁸⁵ Voir notamment GUASTINI (R.) traduit par CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Leçon de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 240.

⁹⁸⁶ VACCARI (G.), *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale. Il caso del diritto alla salute*, Università degli studi di Ferrara, thèse, 2008, spécialement p. 23.

⁹⁸⁷ GUASTINI (R.), traduit par CHAMPEIL-DESPLATS (V.), op. cit., p. 240. En premier lieu, par hiérarchie axiologique, il faut comprendre la mise en rapport de valeurs par le juge constitutionnel au moment de son jugement. Cela nécessite du juge un raisonnement du type « *Le principe P1 a plus de valeur que le principe P2* ». *Ibid.*, p. 240. Il s'agit donc d'une pondération des valeurs car, à travers cette mise en relation, le juge constitutionnel détermine le « poids » socio-éthico-politique à donner à une norme comparée à une autre. Celle ayant le plus d'importance sera appliquée, l'autre évincée. En second lieu, hiérarchie mobile signifie une mise en rapport de valeurs instables, qui ne vaut donc que dans un cas concret. C'est-à-dire que « *pour établir la hiérarchie en question, le juge n'évalue pas la "valeur" des deux principes in abstracto une fois pour toute. [...] Le juge se borne à estimer la "justice" des conséquences de l'application des deux principes dans le cas concret* ». p. 241.

⁹⁸⁸ En matière de défense des cumuls entre traitement et pension, la Cour constitutionnelle italienne juge que la pension doit être considérée comme une forme de rétribution différente, directement liée au travail effectué, et que, par conséquent, la discrétionnalité du législateur doit, dans tous les cas, respecter le principe de la proportionnalité par rapport à la qualité et à la quantité du travail effectué. *Corte cost., sent. n° 275 du 22 décembre 1976, Giur. cost.*, p. 2092.

⁹⁸⁹ Pour une étude particulière du réalisme adopté par le juge constitutionnel italien, voir ZAGREBELSKY (G.) « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », traduit par DI MANNO (TH.), *CCC*, n° 22/2007, p. 153 et s ; PARDINI (J.-J.), « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *CCC*, n° 22/2007, p. 160 et s.

quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces »⁹⁹⁰. C'est pourquoi, afin de permettre cette application concrète, la Cour est dotée d'un pouvoir d'instruction⁹⁹¹. Ces mesures d'instruction que le juge constitutionnel italien peut mettre en œuvre⁹⁹² procurent à la juridiction des arguments *ad adjuvandum* qui viennent étayer sa décision. Comme l'écrit J.-J. Pardini, « il faut comprendre, alors, qu'il est un intéressant soutien rhétorique dont la fonction est de convaincre du bien-fondé de la décision [... du fait] du constat d'une réalité de fait qui viendra

⁹⁹⁰ Corte cost., sent. n° 3 du 15 avril 1956, *Giur. cost.*, p. 566, cons en droit n° 6. Plus tard, la doctrine analysera pareil considérant comme la volonté du juge constitutionnel de chercher « à réduire la fracture entre Constitution formelle et société civile, entre norme juridique et réalité sociale, en devenant le "pont nécessaire entre le corpus iurus et la réalité évolutive" », OCCHIOCUPO (N.), « La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi », *Giur. cost.*, I, 1977, p. 1700 ; PARDINI (J.-J.), « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *op. cit.*, spécialement, p. 161, note 14.

⁹⁹¹ Ce qui lui permet, pour apprécier la constitutionnalité d'une loi, d'une part, de « décider de l'audition de témoins et, en dérogation aux interdictions prescrites par d'autres lois, du recueil d'actes ou de documents ». Article 13 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative aux normes sur la Constitution et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle italienne. D'autre part, de décider « par ordonnance des moyens de preuve qu'elle juge opportuns et [établir] les délais et les modalités à observer en vue de leur exécution ». Article 12 des normes complémentaires pour les jugements portés devant la Cour constitutionnelle italienne.

⁹⁹² Le Conseil constitutionnel français ne possède pas semblable pouvoir d'instruction. À ce titre, il précise la difficulté qu'il rencontre pour envisager l'impact que la loi aura sur la réalité après sa promulgation. Selon lui, « pour l'examen de situations de fait, le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la régularité d'un acte administratif ». Cons. const., décision n° 86-216 DC du 18 novembre 1986, *Découpage électoral*, cons.11, *RJC* I-291. Il semble que dans ce cas, les conséquences attachées à la loi ne correspondent pas à des causes d'inconstitutionnalité. Parce que le contrôle est *a priori*, le juge constitutionnel rejette toute appréciation des effets potentiels de la loi dont il est saisi. D'ailleurs, l'article 61 de la Constitution n'attribue pas au Conseil constitutionnel un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Ainsi juge-t-il à propos de l'instauration de la Couverture maladie universelle qu' « un tel moyen, lié à des suites purement éventuelles de la réforme, ne peut être utilement invoqué à l'encontre de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ». Cons. const., décision n° 99-4416 DC du 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, *Rec.* 100. Toutefois, l'hypothèse d'un pouvoir d'instruction accordé au Conseil constitutionnel n'est pas totalement à exclure. RIBES (D.), *op. cit.*, p. 138. D'abord parce que le contentieux constitutionnel français compte dorénavant une procédure de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois qui va nécessairement offrir de nouvelles perspectives à cet égard. Comme l'écrit F. Laffaille, « Ce nouveau regard sur la loi [permis par le contrôle *a posteriori*] signifie prise de conscience d'une nouvelle forme de droit, un droit vivant possédant une nature ductile en fonction des intérêts économiques et sociaux en jeu. On en revient à la question des "faits", de la relation ternaire qui existe dans le procès constitutionnel : loi/faits/Constitution. La prise en compte des faits [...] implique, par nature, le développement des pouvoirs d'instruction du juge constitutionnel ». LAFFAILLE (F.), « *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien). », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 00, 2 juillet 2010, <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/LAFFAILLE01.pdf>. Ensuite, parce que lors de l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition, le juge ne peut raisonnablement ignorer entièrement les conséquences qu'engendrerait l'adoption d'une loi. Aussi, des considérations factuelles sont susceptibles d'influencer l'évaluation effectuée par le Conseil. Ce fut notamment le cas à propos de la loi de nationalisation de 1982. En l'espèce, le juge montre le souci qu'il attache aux répercussions potentielles de la loi sur les banques intéressées. Il estime alors que les dérogations prévues en faveur des banques étrangères trouvent justification dans « les risques de difficultés que la nationalisation aurait pu entraîner sur le plan international et dont la réalisation aurait [...] compromis l'intérêt général », alors que le fait que les banques mutualistes soient exclues « ne se justifie ni par des caractères spécifiques de leur statut ni par la nature de leur activité ni par des difficultés éventuelles dans l'application de la loi propre à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre ». Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisation 1*, *Rec.*18. Avec ce raisonnement, le juge des lois prend donc en compte l'impact des dispositions législatives pour en déduire la non-conformité des articles incriminés.

conforter le choix du juge »⁹⁹³. Cependant, bien que titulaire de ce pouvoir d'instruction lui permettant de prendre en considération des données concrètes pour apprécier la *ragionevolezza* de la mesure législative, le juge constitutionnel utilise peu cet outil⁹⁹⁴. Mais sans recourir à l'instruction lui permettant d'obtenir des renseignements fiables, l'appréciation que fait la Cour constitutionnelle de la *ragionevolezza* peut risquer de tomber dans la subjectivité⁹⁹⁵. Comme le signale F. Laffaille, « *L'enjeu est pourtant de taille : l'obtention d'informations de qualité en amont n'est pas seulement indispensable pour rendre la décision "la plus juste" ; elle permet aussi d'opérer une motivation de qualité. Et derrière la qualité de la motivation, c'est la légitimité et la crédibilité du juge constitutionnel lui-même qui sont en jeu* »⁹⁹⁶.

Seule l'erreur manifeste d'appréciation commise par le législateur italien pour concrétiser la norme constitutionnelle peut donc être sanctionnée. C'est-à-dire que la censure de la loi qui ne serait pas compatible avec une norme constitutionnelle programmatique ne sera pas possible sans un manquement grossier du législateur à cette dernière. Dans ces conditions, comme le relève R. Bin, il semble bien que la loi déférée à la *Consulta* bénéficie d'une sorte de présomption de conformité à la Constitution au détriment de la concrétisation effective de la norme constitutionnelle programmatique⁹⁹⁷. De même, pour censurer la loi, le juge constitutionnel français retient lui aussi le caractère manifeste de l'erreur du législateur.

⁹⁹³ PARDINI (J.-J.), « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *op. cit.*, p. 165. Cette réalité de fait est parfois établie par un rapport d'expert. C'est le cas en Allemagne où la Cour constitutionnelle exige du législateur qu'il produise une « *étude sérieuse de la réalité sociale qui est à la base de la loi* ». MORAND (C.-A.), « Éléments de légistique formelle et matérielle », in MORAND (C.-A) (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 36. Toutefois, un tel rapport ne suffit pas toujours à établir avec certitude cette réalité. C'est le cas en Italie où la Cour constitutionnelle peut aussi apprécier si les données rapportées par le législateur sont sérieuses. PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait »...*, *op. cit.*, p. 105 et s.

⁹⁹⁴ Le fait que le juge constitutionnel italien se serve rarement de son pouvoir d'instruction qui lui est pourtant reconnu par la loi a été relevé par plusieurs auteurs. C'est par exemple le cas de F. Laffaille. Celui-ci rappelle que « *La Cour constitutionnelle, notamment grâce à la loi n° 87 de 1953, dispose d'un pouvoir d'instruction propre lui permettant d'auditionner des témoins, d'avoir accès aux moyens de preuves jugés indispensables* ». Mais il précise aussi que « *le juge de la loi n'a guère recours à de tels instruments ; il reste, quant à ces (ses) pouvoirs d'instruction, bien en deçà de ce qu'il était loisible d'attendre. En lieu et place d'ordonnances d'instruction, la Cour préfère plutôt se tourner vers le gouvernement et l'administration pour obtenir des informations et données susceptibles de l'aider. Une telle attitude n'a pas manqué de susciter étonnement et critiques tant cela revient à développer une méthode étrange : le juge s'adresse, pour obtenir les informations factuelles nécessaires à l'étude de la régularité de la loi, aux organes (les cabinets ministériels en une formule rapide) qui ont, en amont, préparé le texte* ». LAFFAILLE (F.), *op. cit.* Voir aussi ZAGREBELSKY (G.), *La doctrine du droit vivant*, AIJC, II, 1986, p. 75 et s.

⁹⁹⁵ Sans parler de subjectivité, J.-J. Pardini met en lumière les facteurs psychologique et psychanalytique dont l'appréciation du juge constitutionnel peut dépendre. PARDINI (J.-J.), « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *op. cit.*, spécialement p. 161.

⁹⁹⁶ LAFFAILLE (F.), *op. cit.*

⁹⁹⁷ BIN (R.), *Diritti e argomenti...*, *op. cit.*, p. 111.

2 : Une sanction limitée à l'erreur manifeste du législateur dans la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques en France

Comme en Italie, en France, la concrétisation législative des normes constitutionnelles programmatiques dépend du choix des politiques publiques dont la loi est le support. C'est effectivement le choix politique du législateur qui contribue à mettre en œuvre les programmes constitutionnels à travers des lois de concrétisation. Ce choix est déterminé au regard d'une situation problématique à résoudre. Comme le souligne J. Rivero, la loi, comme toute intervention normative, est motivée par l'existence d'un problème, d'une situation de fait⁹⁹⁸. Par conséquent, censurer une telle disposition législative au motif qu'elle ne concrétise pas une norme constitutionnelle programmatique revient, pour le Conseil constitutionnel, à censurer un choix politique. C'est-à-dire à considérer que la politique menée par le législateur n'est pas idoine au regard de la situation de fait. Le Conseil refuse de se reconnaître cette compétence⁹⁹⁹ car il considère par principe qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; [...] il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité*

⁹⁹⁸ Pour J. Rivero, « *au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique, il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elles un jugement, et décide qu'il y a lieu de leur substituer un état de chose différent. La règle qu'il formule, c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est, de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût* ». RIVERO (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Le fait et le droit*, sous la dir. de PERELMAN (CH.), Bruylant, 1961, p. 130.

⁹⁹⁹ D'autant que jusqu'à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, il ne disposait pas des moyens d'apprécier *a posteriori* les effets de la législation concrétisant les normes constitutionnelles programmatiques et que, par définition, la question de l'efficacité est écartée du contrôle *a priori* car la loi n'est pas encore en vigueur. Certains systèmes juridiques étrangers prévoient le contrôle de l'efficacité législative. En Suisse par exemple, le principe d'efficacité des mesures de la Confédération est inscrit dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999. Selon l'article 170 de cette Constitution « *L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation* ». En France, proposition avait été faite d'introduire une disposition semblable dans la Constitution française en modifiant l'art. 24 al. 1^{er} de manière à prévoir « *Le Parlement vote la loi. Il en contrôle l'application et en évalue les résultats dans les conditions prévues par une loi organique* ». Proposition de loi constitutionnelle de P. Quiles et J.-M. Ayrault et les membres du groupe Socialiste et apparentés déposée le 2 octobre 2002. Aujourd'hui, l'article 24 alinéa 1^{er} dispose que « *Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques* ». L'évaluation de l'efficacité des politiques publiques, dont la loi n'est que le support, est aussi envisagée à travers le principe de l'expérimentation législative ancré dans la Constitution depuis la réforme du 28 mars 2003. Cette technique rend compte d'une législation expérimentale par laquelle le législateur se préoccupe des effets de la loi qui doit désormais remplir des objectifs. Sur ce point, voir CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative. (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, 2003-4, n° 56, p. 675 et s. Ce n'est toutefois pas au Conseil constitutionnel de contrôler l'efficacité d'une loi, mais au Parlement. Cependant, l'institution d'un contrôle *a posteriori* par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité favorise l'évaluation de l'efficacité de la loi puisque celle-ci peut désormais être contrôlée après son entrée en vigueur, même si l'inefficacité de la mesure de concrétisation ne pourra très certainement pas servir de fondement pour sanctionner le législateur qui reste libre de son choix.

poursuivie »¹⁰⁰⁰. Le Conseil constitutionnel laisse ainsi au législateur un large pouvoir d'appréciation pour choisir les moyens qui lui semblent les mieux à même de parvenir à l'objectif que la norme programmatique lui prescrit. Son contrôle se limite donc à vérifier qu'il n'y a pas disproportion manifeste entre les moyens choisis et les objectifs poursuivis. Il se réduit au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation commise par le législateur.

Le Conseil constitutionnel évoque l' « erreur manifeste d'appréciation » pour la première fois dans sa célèbre décision dite *Nationalisations* de 1982¹⁰⁰¹. Par ce contrôle, le juge entend limiter l'intangibilité des choix du législateur. Mais le caractère manifeste que doit revêtir l'erreur commise par le législateur dans son travail de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques restreint nécessairement la possibilité de sanctionner la loi. En ce sens, plusieurs décisions rendues par le Conseil en matière de transferts de charges et de recettes entre la caisse nationale des allocations familiales (CNAF) et le fonds de solidarité vieillesse (FSV) confirment le caractère restreint du contrôle de constitutionnalité. Le juge vérifie l'erreur manifeste d'appréciation que le législateur aurait commise en transférant des charges et des recettes. En l'occurrence, les dispositions législatives mises en cause dans la décision n° 2000-437 DC mettent à la charge de la CNAF le coût global des majorations de pensions pour avoir eu ou élevé au moins trois enfants, coût initialement supporté par le FSV¹⁰⁰². Elles prévoient que, pour 2001, la CNAF verse au FSV un montant égal à 15 % des sommes visées par la loi. Les requérants contestaient les dispositions litigieuses en ce qu'en grevant les moyens de la branche famille d'une charge qui lui est étrangère, elles méconnaîtraient l'exigence constitutionnelle résultant des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946. Mais le juge rejette le moyen tiré de la mise en cause des normes constitutionnelles programmatiques invoquées, validant le transfert opéré par la loi sans contrôler le montant transféré. En revanche, dans sa décision n° 2001-453 DC relative à la loi dont une disposition a pour objet de porter de 15 % à 30 % la prise en charge par la CNAF des dépenses du FSV au titre des majorations de pensions accordées en fonction du nombre d'enfants, le juge

¹⁰⁰⁰ Notamment, Cons. const., décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, Rec. p. 325.

¹⁰⁰¹ Cons. Const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Rec., p. 18. Les requérants invoquaient notamment les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Le Conseil devait alors contrôler qu'il existe bien une nécessité publique évidente suivant l'article 17 précité afin que la loi soit valide. Pour ce faire, il fait appel à une technique appartenant en principe au contentieux administratif. Ainsi, alors que les requérants contestaient l'utilisation de ce contrôle, le législateur étant, selon eux, souverain, le juge constitutionnel en affirme la légitimité. Le Conseil reconnaît donc la possibilité de procéder à ce contrôle de l'erreur d'appréciation, mais il insiste aussi sur la limite de ce contrôle : l'erreur d'appréciation doit être manifeste. Selon lui « *considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789* ».

¹⁰⁰² Cons. const., décision n° 2000-437 DC préc., cons. 26.

rejette le moyen tiré de la méconnaissance de l'alinéa 11 précité, mais en précisant « *qu'eu égard au montant limité du transfert de charges critiqué, (...) la disposition contestée (...) n'est pas contraire aux dispositions précitées du Préambule de 1946* »¹⁰⁰³. Considérer que l'insignifiance du montant du prélèvement sur recettes ne peut remettre en cause la norme constitutionnelle programmatique impliquerait que le programme constitutionnel, sur lequel se fonde la politique sociale familiale, pourrait être remis en cause au-delà d'un certain seuil de montant de prélèvement sur recettes¹⁰⁰⁴. Suivant ce raisonnement, un montant suffisamment élevé constituerait une atteinte à cette norme susceptible d'être sanctionnée pour inconstitutionnalité. Mais, dans sa décision n° 2002-463 DC, le juge constitutionnel démontre le contraire. La disposition législative mise en cause portait, non pas à 15% ni à 30% mais à 60% le montant du transfert de charges et de recettes, pourtant le Conseil a une fois de plus estimé « *qu'eu égard au montant du transfert critiqué, qui ne représente qu'un faible pourcentage de l'ensemble des dépenses de la branche famille, (le transfert) ne remet pas en cause l'exigence constitutionnelle (...)* »¹⁰⁰⁵. Par conséquent, en ne constatant pas l'erreur manifeste du législateur, le juge constitutionnel ne sanctionne donc pas la loi mise en cause.

Dans le même sens, dans la décision *Loi de programmation pour la cohésion sociale de 2005*¹⁰⁰⁶, les requérants faisaient grief à la loi déferée devant le Conseil de porter une atteinte disproportionnée au droit à l'emploi. La disposition mise en cause prévoyait que « *Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, [...], il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible [...]* ». Les requérants invoquaient le fait que cette disposition, « *en faisant obstacle à la jurisprudence qui permet la réintégration dans un emploi équivalent, lorsqu'elle est impossible dans le même emploi, porte une atteinte disproportionnée au droit à l'emploi* ». Mais le juge constitutionnel ne considère pas que cette disposition contrevient à la concrétisation du droit à l'emploi puisque « *le législateur a ainsi opéré entre le droit de chacun d'obtenir un emploi, dont le droit au reclassement de salariés licenciés découle directement, et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, une conciliation qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste* »¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰³ Cons. const., décision n° 2001-453 DC *préc.*, cons. 65.

¹⁰⁰⁴ C.C.C., n° 12, 2002, p. 17 ; GAY (L.), « Le Conseil constitutionnel et les droits à prestations sociales », *op. cit.*, p. 448 et s.

¹⁰⁰⁵ Cons. const., décision n° 2002-463 DC *préc.*, cons. 29.

¹⁰⁰⁶ Cons. const., décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Rec.* p. 33.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.* Dans le même sens, la décision 2008-568 DC exclut l'erreur manifeste du législateur dans sa concrétisation de la norme constitutionnelle programmatique correspondant à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 relatif au droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à « *la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Const. Const.,

Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur la loi de concrétisation correspond donc à un contrôle restreint.

D'une part, l'évaluation de la réalité des faits qui a motivé l'intervention législative est soumise au contrôle restreint exercé par le juge constitutionnel¹⁰⁰⁸. Celui-ci « *révalue les choix faits par le législateur aux fins de déceler, le cas échéant, une erreur manifeste d'appréciation* »¹⁰⁰⁹. Ainsi, dans la décision *Entreprise de presse*¹⁰¹⁰, le but poursuivi par le législateur et tendant à limiter la concentration de groupes de presse a été apprécié par le Conseil constitutionnel seulement au regard de la situation de fait dans ce secteur justifiant la poursuite de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme. Le juge considère à cet égard qu' « *en ce qui concerne les quotidiens nationaux, (...) il ne peut être valablement soutenu que le nombre, la variété de caractères et de tendances, les conditions de diffusion de ces quotidiens méconnaîtraient actuellement l'exigence de pluralisme...* »¹⁰¹¹. Tout comme l'atteinte portée à la norme constitutionnelle programmatique relative au pluralisme, celle portée au droit à la santé est appréciée par le juge de la loi au regard de la situation de fait. Prenant en compte les circonstances factuelles dont il a connaissance, celui-ci considère, notamment dans la décision n° 2004-508 DC, qu' « *il ne ressort pas des éléments soumis au Conseil constitutionnel que [...] les mesures mises en œuvre remettraient en cause, par leur nature et leur ampleur, les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 relatives à la protection de la santé* »¹⁰¹². En l'espèce, les requérants avaient pourtant contesté le fait que la loi déferée fixait l'objectif national de dépenses d'assurance maladie de l'ensemble des régimes obligatoires de base à un « *niveau trop bas* » et que, par conséquent, elle « *serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, susceptible de conduire à la mise en œuvre de mécanismes correcteurs portant atteinte au droit à la protection de la santé* ». En statuant ainsi, le juge constitutionnel exerce donc seulement un contrôle minimum de la réalité des faits qui a amené le législateur à édicter une mesure législative.

D'autre part, la possibilité pour le juge constitutionnel d'influer sur la détermination des objectifs que la loi de concrétisation poursuit est elle aussi limitée car, là encore, ce domaine relève du

décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Rec. p. 352.

¹⁰⁰⁸ D'autre part, le juge de la loi ne peut pas contrôler l'ordre de priorité pour lesquelles le législateur doit intervenir. L'établissement de ce calendrier législatif relève effectivement du pouvoir discrétionnaire du législateur sur lequel le juge constitutionnel ne peut rien. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la thèse de Viton Marinese, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, 2007, Nanterre, version imprimée, p. 283 et s.

¹⁰⁰⁹ PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, op. cit., p. 122.

¹⁰¹⁰ Cons. const., décision n° 84-181 DC, des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. p. 78.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Cons. const., décision n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, *Loi relative au financement de la sécurité sociale pour 2005*, Rec. p. 225.

pouvoir discrétionnaire du législateur. Cependant, si le Conseil constitutionnel refuse de contrôler le but poursuivi par la loi, les normes constitutionnelles programmatiques lui offrent la possibilité de jouer une certaine influence sur sa détermination. En effet, le propre de cette catégorie de normes est de fixer un objectif que le législateur doit poursuivre pour les concrétiser. Une loi concrétise donc une telle norme lorsqu'elle respecte l'objectif ainsi fixé. Ainsi, lorsqu'il légifère pour mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique, le législateur doit prévoir des objectifs compatibles avec ceux du programme constitutionnel. Le contrôle des objectifs législatifs est dégagé par le Conseil dans la décision *Entreprise de presse*. À cette occasion, le juge estime que « *l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* ». Pour L. Favoreu et L. Philip, après avoir identifié l'objectif législatif, le juge constitutionnel considère que « *La liberté de la presse exige la réalisation de l'objectif de pluralisme lequel, à son tour, exige que soit atteint l'objectif de transparence et le législateur est tenu de suivre ce canal ou de respecter ce cadre finalement assez contraignant lorsqu'il intervient* »¹⁰¹³. On retrouve ici l'obligation de bien légiférer qui incombe au législateur. Par conséquent, si le pouvoir discrétionnaire limite la portée du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, le caractère programmatique des normes donne la possibilité au juge de déterminer si le législateur poursuit bien des objectifs de nature à permettre la réalisation de ceux prévus par la norme constitutionnelle¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), commentaires de Cons. const., décision n° 84-181 DC, *Liberté de la presse*, GDCC, 12^{ème} éd. p. 608.

¹⁰¹⁴ Toutefois, le contrôle exercé par le juge constitutionnel sur l'objectif législatif reste limité à l'erreur manifeste commise par le législateur. Si le Conseil constitutionnel peut vérifier les buts poursuivis par le législateur, le pouvoir discrétionnaire de ce dernier restreint le Conseil à exercer un simple contrôle minimum sur la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques. Par exemple, saisi de la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, le juge constitutionnel, après avoir apprécié l'objectif poursuivi par la loi, considère que « *si le législateur a précisé que ces salariés devraient exercer leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice, c'est afin d'éviter ou de restreindre des situations de double vote ; qu'ainsi, les critères objectifs et rationnels fixés par le législateur ne méconnaissent pas les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946* ». Cons. const., n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Rec. p. 352. Les requérants reprochaient à la loi d'apporter des restrictions à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des salariés mis à disposition, notamment de prévoir que « *les salariés mis à disposition choisissent d'exercer leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise qui les emploie ou dans celle où ils travaillent* ». Mais le juge rappelle que « *la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* », avant de rejeter la requête en considérant que « *ces dispositions ne sont entachées d'aucune erreur manifeste d'appréciation* ». Le contrôle des objectifs de la loi est, en ce sens, caractérisé par la prudence du Conseil constitutionnel. G. Merland met ainsi en évidence le refus du juge constitutionnel de contrôler la pertinence des objectifs du législateur. Merland (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 121, LGDJ, 2004, p. 217 et s.

En Italie comme en France, le pouvoir discrétionnaire du législateur n'est finalement soumis qu'à « *un contrôle minimum ou un contrôle restreint* »¹⁰¹⁵, limité à l'erreur manifeste d'appréciation ou à la « *manifesta irragionevolezza* ». Le manque de protection effective accordée aux normes constitutionnelles programmatiques dans ces deux pays est d'autant plus à souligner que la Cour constitutionnelle italienne comme le Conseil constitutionnel français acceptent que le législateur rende plus contraignant le dispositif de concrétisation de ce type de normes déjà existant. Les garanties des droits que prévoient ces programmes constitutionnels ne sont effectivement pas intangibles car elles peuvent faire l'objet de restrictions.

2 § : La concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques atténuée par l'absence d'intangibilité des garanties des droits

L'intangibilité de la loi n'est qu'un « mythe brisé »¹⁰¹⁶. Des deux côtés des Alpes, le juge constitutionnel peut effectivement cautionner une sorte de retour en arrière des dispositifs de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques. De nouvelles dispositions législatives peuvent en ce sens amoindrir les garanties légales déjà existantes des normes constitutionnelles programmatiques. Toutefois, la possibilité d'un tel retour en arrière dans les garanties de ces normes n'est pas absolue. Que ce soit en Italie ou en France, le législateur n'est pas entièrement libre de la manière dont il entend concrétiser les programmes constitutionnels. Dès lors, dire que l'absence d'intangibilité des garanties mettant en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques empêche nécessairement la concrétisation de ces normes ne serait pas entièrement juste ; elle ne fait que l'atténuer. En effet, même si le législateur peut remettre en question des mesures de concrétisation de ces normes, il ne peut aller au-delà des limites imposées par les juges constitutionnels. Plus précisément, le Conseil constitutionnel lui interdit de supprimer les garanties d'exercice effectif d'un droit (A) et la Cour constitutionnelle l'oblige à en garantir la mesure minimale (B).

A - L'interdiction posée par le Conseil constitutionnel français de priver de garanties légales les normes constitutionnelles programmatiques

S'interroger sur l'intangibilité des garanties concrétisant les normes constitutionnelles programmatiques revient à s'interroger sur l'application de la théorie du « cliquet anti retour » à

¹⁰¹⁵ RIALS (S.), « Pouvoir discrétionnaire », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1982, p. 4 et s.

¹⁰¹⁶ DONNARUMMA (M.-R.), « Un mythe brisé : l'intangibilité de la loi. Le contrôle juridictionnel de la “*ragionevolezza*” des lois », *op. cit.*,

cette catégorie de normes. Selon la décision du Conseil constitutionnel *Entreprise de presse* dont cette théorie est issue « *le pouvoir législatif ne peut réglementer l'exercice de la liberté de communication des pensées que dans le but de le rendre plus effectif* ». Il est possible de se demander si cette décision implique que cette exigence d'effectivité croissante doive aussi s'appliquer au législateur qui met en œuvre les programmes constitutionnels¹⁰¹⁷. La jurisprudence postérieure du Conseil constitutionnel a répondu par la négative à cette interrogation¹⁰¹⁸.

Les décisions du Conseil démontrent en effet que le juge n'exige pas du législateur qu'il garantisse les droits prévus par ce type de normes de manière à ce qu'ils soient toujours plus effectifs. Il n'impose pas non plus que les dispositions législatives existantes soient maintenues. Autrement dit, le juge n'interdit pas au législateur de revenir sur ce qu'il a antérieurement mis en place en faveur d'une norme constitutionnelle programmatique. Au contraire, le Conseil constitutionnel considère que « *le législateur peut librement abroger ou modifier des dispositions législatives antérieures* »¹⁰¹⁹. Il peut ainsi déterminer de nouvelles règles et supprimer celles qui ne lui semblent plus idoines. Le juge de la rue de Montpensier considère ainsi qu'en limitant le bénéfice d'allocations à un plafond de ressources, les mesures législatives ne méconnaissent pas les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 car les possibilités d'apporter une restriction aux conditions de mise en œuvre de ces dispositions « *ne font pas, par elles-mêmes, obstacle à ce que le bénéfice des allocations familiales soit subordonné à une condition de ressources* »¹⁰²⁰.

Les droits prévus par les normes constitutionnelles programmatiques ne sont pas intangibles¹⁰²¹. Dès lors, le fait que la disposition législative soit « *plus rigoureuse que les dispositions*

¹⁰¹⁷ Cons. const., décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *op. cit.*

¹⁰¹⁸ Sur la notion d'« effet cliquet », voir notamment GAY (L.), *Les droits créances...*, *op. cit.*, thèse dactylographiée, p. 336 et s ; SCHOETTL (J.-E.), note sous Cons. const., n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *CMU, AJDA*, 20 septembre 1999, p. 704. Pour l'auteur, il n'existe pas de « cliquet anti-retour » concernant les droits sociaux ; MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) vont dans le même sens. Voir note sous Cons. const., n° 97-393 DC du 18 novembre 1997, *Allocations familiales, LPA*, n° 74, 22 juin 1998, p. 13.

¹⁰¹⁹ Par exemple, Cons. const., décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification, Rec.* p. 52 ; Cons. const., décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Régime de la presse, Rec.*, p. 110 ; Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice, Rec.*, p. 204.

¹⁰²⁰ Cons. const., décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, Rec.* p. 320. Les requérants contestaient la constitutionnalité du I de l'article 23, qui modifie l'article L 521-1 du code de la sécurité sociale. Cette disposition prévoit notamment que les allocations familiales, ainsi que les majorations pour âge prévues par l'article L 521-3 du même code, « *sont attribuées au ménage ou à la personne dont les ressources n'excèdent pas un plafond qui varie en fonction du nombre des enfants à charge* » et que « *ce plafond est majoré lorsque chaque membre du couple dispose d'un revenu professionnel ou lorsque la charge des enfants est assumée par une seule personne* ».

¹⁰²¹ Cons. const., décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, Rec.* p. 117.

présentement en vigueur, ne saurait, par lui-même être constitutif d'une inconstitutionnalité »¹⁰²². Toutefois, cette absence d'intangibilité n'est pas absolue car le Conseil considère que « l'exercice de ce pouvoir [législatif] ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »¹⁰²³. En ce sens, la décision n° 86-210 DC démontre qu'en cas de mise en cause des garanties légales des exigences constitutionnelles, le juge de la loi déclare l'inconstitutionnalité de la disposition législative litigieuse¹⁰²⁴. En l'espèce, afin de les censurer, le juge considère que les dispositions de la loi déferée, « loin d'aménager, comme pouvait le faire le législateur, les modalités de protection du pluralisme de la presse [...] ne permettent pas de lui assurer un caractère effectif ; qu'elles ont même pour effet, par leur combinaison avec l'abrogation de la législation antérieure, de priver de protection légale un principe de valeur constitutionnelle »¹⁰²⁵.

Dans le même sens, se prononçant sur la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, le Conseil constitutionnel considère que l'intervention législative litigieuse méconnaît la norme programmatique relative au droit à la santé puisqu'elle n'assure pas à ce droit les garanties légales nécessaires¹⁰²⁶. Pour lui, la suppression du repos compensateur obligatoire constitue une remise en cause fondamentale de l'ordre public social et « le renvoi à la négociation collective et, à défaut, au décret prive de garanties légales les exigences constitutionnelles en matière de protection de la santé ». Il juge par conséquent que la loi qui laisse à un accord

¹⁰²² Cons. const., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. p. 14.

¹⁰²³ Cons. const., décision n° 86-210 DC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110. En l'espèce, les requérants faisaient valoir le fait que la disposition législative mise en cause, en abrogeant l'ordonnance du 26 août 1944 et la loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, substituerait aux textes ainsi abrogés des dispositions dont le champ d'application serait indûment restreint et qui n'assureraient pas la réalisation des objectifs de transparence financière et de pluralisme de la presse, qui ont valeur constitutionnelle. Sur ce point, le Conseil constitutionnel considère « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». Pour G. Mollion, la notion de garantie légale autorise « une régression mesurée », in « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 262 et s. C. Teitgen-Colly et J.-F. Laferrière écrivent : « on peut s'étonner que le Conseil constitutionnel n'ait pas censuré, en application de sa jurisprudence "cliquet" rappelée en matière d'asile dans sa décision du 13 août 1993, cette disposition nouvelle qui ne vise pas à "rendre plus effectif" le droit d'asile, mais au contraire limite son exercice, sans que le législateur puisse justifier cette limitation par la nécessité de concilier le droit d'asile avec des règles ou principe de valeur constitutionnelle », in « Commentaires de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile », *AJDA*, 1998, p. 1004.

¹⁰²⁴ Cons. const., décision n° 86-210 DC, *op. cit.*

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ Cons. const., décision n° 2008-568 DC du 07 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Rec. p. 352.

d'entreprise le soin de fixer l'ensemble des conditions d'accomplissement des heures supplémentaires au-delà du contingent annuel d'heures supplémentaires ainsi que les modalités de prise d'une contrepartie en repos pour toute heure effectuée au-delà du contingent et qui supprime l'ensemble des articles du code du travail relatifs au repos compensateur obligatoire, méconnaît l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

Avec la formule relative aux « garanties légales », le juge précise que le législateur est tenu à l'obligation de maintenir une réglementation, sans préciser son contenu. C'est une des conséquences du pouvoir discrétionnaire reconnu au législateur. Pour concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques, le juge constitutionnel lui impose seulement de ne pas priver ces normes de garanties légales. Le Conseil constitutionnel affirme d'ailleurs l'exigence de cette « action minimale » dans sa jurisprudence. Il en est ainsi par exemple de la décision n° 94-348 DC dans laquelle le juge constitutionnel précise qu'il est loisible au législateur de modifier, compléter ou abroger des dispositions antérieures car « *il lui incombe seulement de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels* »¹⁰²⁷. Dans le même sens, le Conseil considère que, si le législateur ne prive pas de garanties légales les exigences sociales des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946, il lui est loisible de choisir les modalités qui lui paraissent appropriées pour assurer la protection sociale, compte tenu de l'ensemble des prestations existantes¹⁰²⁸.

On doit donc déduire de cette jurisprudence une sorte de « *cristallisation constitutionnelle relative* »¹⁰²⁹ dans la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques : l'interdiction est faite au législateur de revenir sur une définition « minimale » du droit de telle sorte que le juge constitutionnel établit « *une technique de mise en œuvre juridictionnelle de seuils de protection* »¹⁰³⁰. Il convient seulement que la nouvelle disposition législative ne prive pas le droit prévu par ce type de normes de sa substance, de son « contenu minimum ». On pourrait comprendre cette exigence comme l'expression de « l'effet cliquet », autrement appelée « cliquet anti-retour » ; pourtant la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques n'est pas

¹⁰²⁷ En l'espèce, les requérants invoquaient la méconnaissance du principe constitutionnel de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Cons. const., décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *op. cit.*

¹⁰²⁸ Cons. const., décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, *Rec.* p. 320. Dans le même sens, voir par exemple Cons. const., n° 2008-568 DC du 7 août 2008 précitée. En l'espèce, les requérants dénonçaient des restrictions apportées par le législateur à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des salariés mis à disposition. Cependant, le juge considère que le législateur peut restreindre le bénéfice des garanties prévues par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, sous réserve que cette restriction ne prive pas ces exigences constitutionnelles de garanties légales.

¹⁰²⁹ BOUCOZA (I.) et ROBITAILLE (D.), « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, *op. cit.*, p. 287 et s.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

soumise à cette limitation. En ce sens, le législateur peut rendre plus restrictif le bénéfice d'un droit prévu par une telle norme, dans la mesure où cette restriction ne concerne pas un dispositif indispensable à l'effectivité de cette norme. Il peut changer la substance des garanties légales de concrétisation, mais sans aller en dessous d'un seuil minimal de protection¹⁰³¹. Ces normes programmatiques soumettent ainsi le pouvoir discrétionnaire du législateur à une contrainte que l'on pourrait appeler « l'effet seuil »¹⁰³², technique de « standards minimum »¹⁰³³ ou bien « effet plancher »¹⁰³⁴. Selon A. Vidal-Naquet, cet effet se distingue de l'effet cliquet en ce qu'il « *ferait intervenir, à l'image de ce qu'il représente, une logique de seuil, de niveau, caractérisée par sa stabilité, par opposition au cliquet se déplaçant le long d'une roue dentée au fur et à mesure des interventions législatives* »¹⁰³⁵. C'est-à-dire que le juge constitutionnel vérifie qu'en usant de son pouvoir discrétionnaire, le législateur maintient toujours la garantie légale de l'exigence constitutionnelle prévue par la norme. De cette manière, le Conseil constitutionnel procède à une sorte de contrôle du droit acquis à une prestation minimale inviolable.

« L'effet plancher » implique dès lors que le législateur est contraint par un seuil en dessous duquel il ne peut restreindre la protection du droit prévu par la norme constitutionnelle programmatique. Comme l'expriment B. Mathieu et M. Verpeaux, « *cela signifie que le législateur ne peut établir le régime légal d'un droit ou d'une liberté de telle manière que le principe serait dépourvu de protection. Concernant les garanties légales, le législateur peut en modifier la substance, mais il lui est seulement impossible de descendre en deçà d'un seuil au-dessous duquel le régime légal ne permettrait plus la protection de la liberté* »¹⁰³⁶. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre une telle norme est donc moins contraint que si l'effet cliquet devait s'appliquer. Le législateur n'est effectivement contraint que par le respect d'un minimum acquis. Le moindre niveau de contrainte qu'offre la théorie de l'effet plancher par rapport à celle de l'effet cliquet se justifie par son aptitude à répondre à l'exigence d'adaptation que requiert la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques. En effet, le contexte économique et social peut changer selon les époques et, avec lui, les besoins des

¹⁰³¹ Ainsi, comme le souligne L. Gay à ce propos, « *le Conseil constitutionnel n'a jamais posé une interdiction de retour en arrière dans le régime législatif des droits fondamentaux, mais simplement celle de supprimer les conditions de leur exercice effectif* ». GAY (L.), *Les droits créances...*, *op. cit.*, p. 347.

¹⁰³² HENRY-MENGUY (B.), *L'obligation de légiférer en France...*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰³³ CAPITANT (D.), « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges Michel Fromont*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 127 et s, spécialement p. 142.

¹⁰³⁴ MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 498 et s.

¹⁰³⁵ VIDAL-NAQUET (A.), *op. cit.*, p. 227.

¹⁰³⁶ MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *op. cit.*, p. 498.

individus ainsi que les disponibilités financières permettant d'y répondre¹⁰³⁷. Cette évolution justifie alors la possibilité d'aménager, voire de remettre en question, certains acquis.

Ainsi, le Conseil constitutionnel juge que « *le montant de la franchise et le niveau des plafonds devront être fixés de façon telle que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, dans ces conditions, le législateur n'a pas porté atteinte au droit à réparation des personnes victimes d'accidents du travail ou atteintes de maladies professionnelles* »¹⁰³⁸. Dans le même sens, concernant l'objectif constitutionnel relatif au droit de disposer d'un logement décent, il n'est pas interdit au législateur de restreindre de manière générale son régime juridique, mais il lui est interdit de procéder à une « *régression telle qu'elle atteint dans son essence même le droit à des conditions de vie décente* »¹⁰³⁹. De même, ce n'est pas le cliquet anti retour mais la théorie du plancher qui s'applique en matière de norme constitutionnelle programmatique relatives au droit à la santé¹⁰⁴⁰, au droit au travail ou encore à la liberté syndicale. Concernant ces deux dernières hypothèses par exemple, selon le Conseil le législateur doit déterminer un statut de nature à permettre, aux personnes amenées à conclure des accords collectifs, l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à leur employeur. Pour ce faire, le législateur peut restreindre les mesures déjà existantes s'il respecte la théorie de l'effet seuil. Dans la décision n° 96-383 DC¹⁰⁴¹, les requérants contestaient le fait que la disposition législative mise en cause renvoie aux accords de branche la fixation des modalités de protection des salariés expressément mandatés par les organisations syndicales représentatives pour une négociation déterminée, et précise que ces accords pourront prévoir que le licenciement

¹⁰³⁷ Sur l'influence des disponibilités des finances publiques sur la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques, nous renvoyons à la section qui suit.

¹⁰³⁸ Cons. const., décision n° 2007-558 DC du 13 décembre 2007, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2008*, Rec. p. 448. En l'occurrence, la disposition de loi déferée complétant l'article L 322-2 du code de la sécurité sociale prévoit qu'une franchise annuelle sera laissée à la charge des assurés sociaux pour certains frais relatifs à des médicaments, à des actes effectués par un auxiliaire médical et à des transports sanitaires. Selon cette disposition, sont exonérés de la franchise les assurés pour leurs ayants droit mineurs, les bénéficiaires de la couverture maladie universelle et les femmes enceintes bénéficiaires de l'assurance maternité. Sont exclus du champ de la franchise les médicaments délivrés et les actes pratiqués au cours d'une hospitalisation ainsi que les transports d'urgence. Le montant de la franchise, qui sera déterminé par décret, sera forfaitaire et pourra être distinct selon les produits ou prestations de santé. La disposition mise en cause prévoit que le décret fixera également un plafond annuel et, pour les actes paramédicaux et les transports, un maximum journalier, dans la limite desquels la franchise sera due. Dans le même sens, dans sa décision n° 2004-504 DC, le Conseil constitutionnel fixe le seuil minimum des garanties de la norme constitutionnelle programmatique relative au droit à la protection de la santé, à la sécurité matérielle, au repos et aux loisirs ainsi qu'au droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. Il considère en effet que « *le montant de la majoration de la participation de l'assuré devra être fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* ». Cons. const., décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, Rec. p. 153.

¹⁰³⁹ MATHIEU (B.), *AJJC*, 1997, XIII, p. 440.

¹⁰⁴⁰ Cons. const., n° 96-383 DC et n° 96-385 DC. MATHIEU (B.) et AIVAZZADEH-BARRE (S.), *LPA*, 23 juillet 1997, 88, p. 26 et 30.

¹⁰⁴¹ Cons. const., décision n° 96-383 DC du 06 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, Rec. p. 128.

de ces salariés et, pendant un délai qu'ils fixeront, le licenciement de ceux dont le mandat a expiré, seront soumis à la procédure d'autorisation administrative de licenciement prévue à l'article L 412-18 du code du travail. En renvoyant à ces accords de branche, le législateur aurait privé les principes du droit au travail et de la liberté syndicale de garanties légales nécessaires. Le Conseil rejette le moyen invoqué devant lui au motif qu'en ayant agi ainsi, le législateur n'est pas allé en deçà du seuil minimal de garanties légales de ces exigences constitutionnelles. Il considère en effet que « *si le législateur a conféré compétence aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation de branche, pour définir une protection conventionnelle particulière des salariés mandatés par les organisations syndicales représentatives, il ressort des travaux préparatoires de la loi qu'en faisant référence à la procédure prévue par l'article L. 412-18 du code du travail, il a entendu que la protection à instituer assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale tenant à la mise en œuvre de cette dernière disposition* »¹⁰⁴².

Si le Conseil constitutionnel restreint bien son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, il n'empêche pas pour autant la censure d'une disposition législative sur le fondement d'une norme constitutionnelle programmatique. Le pouvoir discrétionnaire du législateur français, bien qu'important et peu remis en cause par le juge constitutionnel, connaît ainsi une limite. Même si une mesure législative peut supprimer un dispositif qui poursuivait le processus de concrétisation d'une telle norme, elle ne peut priver cette exigence constitutionnelle de garanties légales. Il s'agit d'apprécier la limite au-delà de laquelle la loi contrevient à cette norme. La Cour constitutionnelle italienne suit le même raisonnement avec ce qu'elle désigne par la protection de la « mesure minimale ».

B - L'obligation établie par la Cour constitutionnelle italienne de garantir les « mesures minimales »

Tout comme son homologue français, le juge constitutionnel italien limite le pouvoir discrétionnaire du législateur. En effet, dans le processus de concrétisation législative des normes constitutionnelles programmatiques, la Cour exige qu'« *un noyau essentiel au moins soit préservé, et qu'il soit donc posé une limite à la capacité de modifier la loi* »¹⁰⁴³. Ce qui implique l'impossibilité pour le législateur de revenir sur certaines mesures de concrétisation. En ne déclarant pas inconstitutionnelle la disposition de loi qui freine le processus de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques, tout en développant une jurisprudence relative au « contenu minimum » de ces normes, le juge constitutionnel italien adopte donc, lui aussi, la

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ LOMBARDI (G.), « Diritti di libertà e diritti sociali », *Politica del diritto*, n° 1, mars 1999, p. 14.

technique de l'« effet plancher ».

Ainsi, par exemple, la Cour constitutionnelle déclare inconstitutionnelle une disposition de loi qui ne prévoyait pas le remboursement par le service national de santé des frais importants de diagnostic spécialisé effectué par des laboratoires privés non conventionnés mais qui étaient les seuls à disposer du matériel nécessaire à la réalisation d'examen indispensables pour le patient¹⁰⁴⁴. En censurant cette disposition, le juge indique donc au législateur qu'il n'est pas libre de déterminer le contenu de la norme constitutionnelle programmatique mise en cause relative au droit à des prestations sanitaires. En l'espèce, il considère que les mesures adoptées n'étaient pas suffisantes pour respecter le droit à des prestations sanitaires. La Cour juge que l'article 32 de la Constitution relatif au droit à la protection de la santé contient le droit de pouvoir accéder à des prestations indispensables dès lors que la technologie le permet. Selon une jurisprudence désormais constante, le juge constitutionnel italien a déterminé qu'aucun droit fondamental ne peut être limité au point que son contenu minimum essentiel soit compromis ou risque de l'être¹⁰⁴⁵.

Dans le même sens, dans la décision n° 134 de 1994¹⁰⁴⁶, la *Consulta*, qui devait se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative qui restreignait le bénéfice d'une prestation sociale, déclare inconstitutionnelle la disposition litigieuse. En l'espèce, la mesure législative mise en cause supprimait la possibilité, pour les travailleurs ayant perdu leur procès en matière de protection sociale, d'être exonérés du paiement des dépens. Or, cette disposition était contestée car, moins favorable pour le travailleur, elle ne prévoyait pas de mesure de compensation pour le travailleur nécessiteux. Dans ces conditions, le bénéfice du droit à l'assistance pour les indigents devenait illusoire car son contenu minimum était vidé de sa substance. La Cour censure donc la disposition législative en ce qu'elle méconnaît la norme prévue à l'article 38 de la Constitution, portant sur le droit à l'assistance. Le législateur est donc libre de revenir sur un dispositif législatif de concrétisation déjà existant sous réserve qu'il respecte un certain seuil de garanties propre à

¹⁰⁴⁴ *Corte cost., sent.* n° 92 du 26 janvier 1988, *Giur. cost.*, p. 287.

¹⁰⁴⁵ Dans le même sens, *Corte cost., sent.* n° 455 du 16 octobre 1990, *Giur. cost.*, p. 2732 ; *Corte cost., sent.* n° 247 du 3 juin 1992, *Giur. cost.*, p. 1900 ; *Corte cost., sent.* n° 218 du 2 juin 1994, *Giur. cost.*, p. 1812 ; *Corte cost., sent.* n° 304 du 15 juillet 1994, *Giur. cost.*, p. 2606 ; *Corte cost., sent.* n° 416 du 28 juillet 1995, *Giur. cost.*, p. 2978 ; *Corte cost., sent.* n° 27 du 26 février 1998, *Giur. cost.*, p. 148 ; *Corte cost., sent.* n° 185 du 20 mai 1998, *Giur. cost.*, p. 1510 ; *Corte cost., sent.* n° 267 du 17 juillet 1998, *Giur. cost.*, p. 2076 ; *Corte cost., sent.* n° 309 du 16 juillet 1999, *Giur. cost.*, p. 2501 ; *Corte cost., sent.* n° 509 du 20 novembre 2000, *Giur. cost.*, p. 1003 ; *Corte cost., sent.* n° 432 du 2 décembre 2005, *Giur. cost.*, p. 4657. Ainsi, la Cour juge que les exigences des finances publiques ne peuvent amener à restreindre le noyau irréductible du droit à la santé prévu par la Constitution. Elle considère que « l'équilibre entre valeurs constitutionnelles et proportionnalité des objectifs déterminés par les ressources existantes, ne peut toucher le noyau inaliénable du droit à la santé protégé constitutionnellement comme valeur inviolable de la dignité humaine ». Relève de ce noyau le droit des citoyens étant dans des conditions économiques difficiles - ou des indigents, suivant la terminologie de l'article 32 de la Constitution - à ce que leur soit assurés des soins gratuits.

¹⁰⁴⁶ *Corte cost., sent.* n° 134 du 13 avril 1994, *Giur. cost.*, p. 1106.

préservé le noyau essentiel des normes constitutionnelles programmatiques.

Quelques années auparavant, la doctrine italienne avait pu remarquer le « *terrain presque vierge* »¹⁰⁴⁷ de la jurisprudence relative au « contenu minimum » de ces normes portant sur les droits sociaux. On a d'ailleurs pu penser, pendant un temps en Italie, que l'intangibilité des mesures législatives ayant contribué à la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques était assurée. En effet, longtemps, la Cour constitutionnelle italienne a essentiellement usé des arrêts additifs de prestation pour intervenir sur une disposition de loi mettant en cause une telle norme. De cette manière, elle limitait son raisonnement à « *l'élimination de la norme concernée ou [à] son extension aux catégories exclues* »¹⁰⁴⁸. À mesure que la Cour se prononçait suivant la seconde alternative, on a pu croire en la croissance continue, et, pourrait-on dire, à sens unique, de l'État social. Les arrêts additifs de prestation de la Cour finissaient effectivement par ajouter des mesures au processus de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques. Mais l'évolution de la jurisprudence de la *Consulta* a contredit ce postulat, puisqu'il ressort de ses décisions, non seulement que le juge constitutionnel a abandonné cette technique décisionnelle¹⁰⁴⁹, mais aussi qu'il admet que le législateur puisse restreindre les conditions d'exercice et de garantie des droits prévus par de telles normes. Ainsi, par exemple, la Cour constitutionnelle italienne a admis le réaménagement de pensions à un seuil minimum¹⁰⁵⁰. Pour elle, « *l'article 38 de la Constitution n'exclut pas la possibilité d'une intervention législative qui, afin de contenir les dépenses publiques, réduit "de manière définitive un traitement de pensions"* »¹⁰⁵¹. Le fait que le législateur puisse freiner le processus de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques est d'autant plus cautionné par le juge constitutionnel italien que celui-ci admet « *l'égalisation vers le bas* »¹⁰⁵² de leur niveau de mise en œuvre. Pour cela, il utilise, en le combinant avec la garantie prévue par la norme à concrétiser, le droit à l'égalité issu de l'article 3 de la Constitution afin de sanctionner une différence de traitement. Dans ce cas, c'est la violation de l'article 3 qui est invoquée ; mais cette

¹⁰⁴⁷ ZAGREBELKY (G.), « Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali », in CARUSI (V.), *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art.81, u.c., della Costituzione*, Actes du séminaire d'étude des 8 et 9 décembre 1991, Palais de la Consulta, Giuffrè, Milan, 1993, p. 108 et s, spécialement p. 119.

¹⁰⁴⁸ AMIRANTE (C.), « Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale », *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Actes du colloque de Naples-Pompei des 27 et 28 juin 1997, Jovene editore, p. 261.

¹⁰⁴⁹ Nous verrons dans la section suivante que ces arrêts additifs de prestation étaient un facteur important d'augmentation des dépenses publiques. Ce sont en effet des « arrêts constitutifs de dépenses » qui engendrent des conséquences sur les finances de l'Etat. Sur ce point, voir notamment DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives...*, *op. cit.*, p. 417.

¹⁰⁵⁰ *Corte cost.*, sent. n° 240 du 10 juin 1994, *Giur. cost.*, p. 1977.

¹⁰⁵¹ *Ibid.* En l'espèce, la Cour considère que « *la mise en œuvre du précepte constitutionnel implique un équilibre, modifiable dans le temps au regard des circonstances, entre les valeurs inhérentes à la protection de l'assistance et "les principes relatifs à la disponibilité concrète et actuelle des ressources financières"* ».

¹⁰⁵² PARDINI (J.-J.), « Le principe de gradualità... », *op. cit.*, p. 67 et s.

atteinte provient de la différence de traitement, pour une catégorie de sujets semblables, réalisée par la loi de concrétisation litigieuse par rapport au dispositif de mise en œuvre réalisé par une autre loi utilisée comme *tertium comparationis*¹⁰⁵³. Il en est ainsi de la décision n° 421 de 1995. En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de se prononcer sur la constitutionnalité d'une mesure de concrétisation législative qui limitait le bénéfice d'une garantie prévue par une telle norme à un certain nombre d'individus. Le législateur aurait pu intervenir pour étendre à d'autres le bénéfice de cette garantie dans une logique de concrétisation optimale. Cependant la Cour considère que « le principe d'égalité n'est pas exclusivement ni nécessairement destiné à étendre la portée d'une législation plus favorable érigée au rang de *tertium comparationis* ; il peut également s'appliquer pour supprimer le privilège injustifié d'une législation plus favorable par rapport à celle évoquée en comparaison »¹⁰⁵⁴. Autrement dit, en vertu du principe d'égalité, la Cour peut supprimer, pour tous, le bénéfice mis en œuvre par la mesure législative de concrétisation.

Toutefois, dorénavant, la Cour se soucie des « conditions et limites dans lesquelles le législateur peut "revenir en arrière" dans la réalisation de l'État social »¹⁰⁵⁵. Ce qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui enjoint au législateur de ne pas priver de garanties légales les normes constitutionnelles. Il reste que si, auparavant, la notion de seuil minimal était presque ignorée et qu'elle a dorénavant intégré le raisonnement de la juridiction constitutionnelle, cette notion demeure ambiguë. Comme le montre C. Fercot à partir d'une approche comparée de la notion, l'idée d'un seuil minimal de garanties que doit assurer la loi pour concrétiser une norme constitutionnelle programmatique a une portée multidimensionnelle¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵³ C'est-à-dire, une loi utilisée comme point de comparaison.

¹⁰⁵⁴ *Corte. cost., sent. n° 421 du 6 septembre 1995, Giur. cost., p. 3237.*

¹⁰⁵⁵ GIORGIS (A.), « La sent. n° 134 del 1994 : una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale », *Giur. cost.*, 1994, p. 3163.

¹⁰⁵⁶ C. Fercot rend compte des différentes dimensions que peut avoir l'idée de seuil minimum à partir d'une approche comparée du droit à des conditions minimum d'existence. Selon l'auteur, ce droit « correspond à un "noyau dur", à un socle fondamental surplombant les divers panels reconnus de droits sociaux. Il peut toutefois se lire à deux niveaux. Conçu a minima, comme un droit à la sécurité matérielle, il devient, entendu a maxima, un véritable droit au développement en faveur de l'individu ». FERCOT (C.), « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existences en droit comparé », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux, op. cit.*, p. 215 et s, spécialement p. 217. Entendu sous sa forme minimale, ce droit implique de prendre en considération des moyens d'existence non pas *convenables* mais *minima*, articulés au premier chef autour du fonctionnement biologique du corps humain. Il correspond alors au droit de se procurer de la nourriture, un toit et des vêtements. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse a considéré, dans une importante décision de 1995, que la satisfaction des besoins élémentaires de la personne humaine, tels que se nourrir, se vêtir, et disposer d'un abri, représentait la condition même de l'existence humaine et du développement de la personne. Il juge que « Le droit à des conditions minimales d'existence est un droit social. Il l'est d'abord parce que son but est indiscutablement social et parce que la responsabilité de l'Etat qui en découle l'est aussi : garantir à toute personne la satisfaction des besoins humains élémentaires en nourriture, habillement, logement et soins médicaux de base. S'il est vrai qu'un droit est social à partir du moment où il vient en aide aux personnes appartenant aux couches les plus défavorisées de la population, le droit à des conditions minimales d'existence mérite cet adjectif, car il est censé bénéficier aux personnes sans domicile fixe, aux chômeurs en fin de droits et aux autres exclus de notre société, comme les requérants d'asile déboutés, respectivement les

C'est-à-dire que ce droit au minimum qu'assure ce seuil au-delà duquel le législateur ne peut revenir sur la concrétisation de ces normes est susceptible d'évolutions.

L'importance de ce noyau substantiel des normes constitutionnelles programmatiques a été soulignée par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001¹⁰⁵⁷. Ce souci de préserver le seuil minimum de protection de cette catégorie de normes est en effet repris par le Titre V de la Constitution dont on sait que l'article 117 alinéa 2, portant sur les matières qui relèvent de la compétence du législateur national, prévoit justement « *la fixation des niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur l'ensemble du territoire national* »¹⁰⁵⁸. Par conséquent, le législateur doit garantir le contenu substantiel des normes constitutionnelles programmatiques. Les mesures législatives concrétisant ces dernières doivent donc assurer, au minimum, leur contenu essentiel. Par conséquent, même si le problème lié à la détermination du « seuil » de garanties reste présent, cette exigence est dorénavant constitutionnalisée.

Pour autant, alors qu'avec les normes constitutionnelles programmatiques, les constituants ont tenu à inscrire dans les Chartes fondamentales un programme social à réaliser, l'absence l'intangibilité des mesures de concrétisation de ces mêmes normes induit une sorte de recul de l'État social. Ce qui témoigne encore plus de la relativité de leur normativité concrète. Nous verrons que cela se vérifie d'autant plus que le législateur se heurte à « la réserve du possible » lorsqu'il poursuit le processus de concrétisation. Dès lors, l'appréciation de la validité de l'intervention législative fait davantage appel à d'autres sciences - sociales notamment, financières aussi - que la seule science juridique, limitant de ce fait l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques.

réfugiés déchus ». Trib. Féd., ATF 121, I, 367, cité in FERCOT (C.), *op. cit.* Loin de se résumer à un droit à la survie, le droit à des conditions minimales d'existence est parfois défini comme un droit à un niveau de vie décent, c'est-à-dire convenable, ou encore acceptable. D'un besoin de protection physique, essentiel et premier, on passe alors à un besoin de protection sociale. Le droit à des conditions minimales d'existence peut être compris comme le droit social premier, c'est-à-dire comme condition d'accès aux autres droits fondamentaux. En ce sens, le Tribunal fédéral suisse a rappelé, en 1995, que ce droit, destiné à éviter tout « *état de mendicité indigne de la condition humaine* », représentait la condition de l'exercice de tous les autres droits fondamentaux et ne pouvait voir sa portée limitée que dans des cas exceptionnels. *op. cit.*

¹⁰⁵⁷ GU n° 248 du 24 octobre 2001.

¹⁰⁵⁸ Article 117 alinéa 2 lettre m) de la Constitution italienne.

SECTION 2

L'EFFECTIVITÉ LIMITÉE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES

L'analyse de l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques est inhérente à l'étude de la norme elle-même. L'intérêt de cette approche a d'ailleurs été souligné par J. Carbonnier qui relevait, en 1958, « *Ce problème, très broussailleux, dont le défrichage serait pourtant si utile à la constitution d'une législation sociologique : quel est le taux maximal d'ineffectivité qui est compatible avec l'existence d'une règle de droit ? Il est probable que nos préjugés normatifs nous le font placer trop bas* »¹⁰⁵⁹. Une norme peut être juridique sans pour autant s'appliquer dans les faits. Même valide, une norme juridique peut alors rester lettre morte, ineffective.

Bien que souvent utilisée, la notion d'effectivité reste complexe¹⁰⁶⁰. Il faut notamment la distinguer de celle, plus large, d'efficacité. En effet, par *efficacité*, on entend « *le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur* »¹⁰⁶¹. C'est le potentiel d'une norme à produire « *les effets que l'on attendait d'elle* »¹⁰⁶². Une norme programmatique prévoit un objectif à atteindre, ce qui pourrait faire glisser la question de l'effectivité vers celle de l'efficacité de la norme¹⁰⁶³. Ces approches sont pourtant distinctes. On ne doit pas confondre non plus la notion d'effectivité avec celle d'*efficience*. Celle-ci renvoie plutôt à une analyse économique de l'application de la norme, consistant « *à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleur coût* »¹⁰⁶⁴.

Une norme est dite *effective* lorsqu'elle est « *appliquée réellement* »¹⁰⁶⁵. C'est-à-dire lorsqu'elle fait l'objet d'une « *réalisation dans les pratiques sociales* »¹⁰⁶⁶. Sous cet angle, nous verrons que

¹⁰⁵⁹ CARBONNIER (J.), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, p. 13 et s.

¹⁰⁶⁰ Le terme d'effectivité est d'autant plus complexe qu'il relève peu de la science juridique mais plutôt de la sociologie du droit. Cependant, personne ne peut nier la pénétration du terme dans le langage même du droit. Ce qui se manifeste notamment avec l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit le « *recours effectif à la justice* », la Charte européenne de 1961, révisée en 1996, qui énonce la nécessité de « *l'exercice effectif* » d'un droit, ou encore l'article 4 de la Constitution italienne qui établit que « *La République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et crée les conditions qui rendent ce droit effectif* ».

¹⁰⁶¹ RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989, p. 130 et s.

¹⁰⁶² DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁶³ Sur la question de l'efficacité du droit que soulèvent les normes juridiques programmatique ou porteuses d'objectifs, voir notamment BRISSON (J.-F.), « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », *Les objectifs dans le droit*, *op. cit.*, p. 29 et s. L'auteur commence son intervention en soulignant le fait que « *L'objectif est une norme d'efficacité* ».

¹⁰⁶⁴ *Ibid.* p. 127.

¹⁰⁶⁵ CORNU (G.) et al., *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, voir « Effectivité ».

l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques est limitée car la concrétisation de ces normes, parce que souvent conditionnée par les ressources financières de l'État, ne peut être, dans ce cas, que progressive.

En outre, comme le souligne F. Rangeon, l'effectivité relève de « *l'appréciation a posteriori des résultats réels d'une norme, de ses effets concrets* »¹⁰⁶⁷. Autrement dit, pour déterminer si une norme est effective, il faut savoir si elle s'applique effectivement et si elle produit ses effets dans les pratiques sociales. Dès lors, s'interroger sur l'effectivité de cette catégorie de normes revient aussi à « *se préoccuper de son adéquation avec les comportements sociaux et des écarts éventuels (comme autant de manifestations d'ineffectivité) entre les normes juridiques et la réalité qu'elles sont censées régir, entre le droit et l'expérience* »¹⁰⁶⁸.

En l'occurrence, que ce soit en France ou en Italie, il existe souvent un décalage entre la norme constitutionnelle programmatique et la réalité de son application. Cet écart devrait, en principe, être susceptible de sanction afin de garantir l'objet sur lequel porte la norme mise en cause. Le contraire manifeste son *ineffectivité*. Ce qui est clairement le cas lorsque les juridictions constitutionnelles s'abstiennent de censurer le législateur qui ne réalise pas les exigences posées par une norme constitutionnelle programmatique. Nous verrons que l'effectivité de cette norme est ainsi doublement limitée. Cette limitation est liée d'une part, aux ressources financières dont dispose la puissance publique (1§), d'autre part, à la progressivité avec laquelle les normes constitutionnelles programmatiques sont mises en œuvre (2§), conséquence du caractère limité des disponibilités financières et de l'absence d'intangibilité des garanties concrétisant ces normes.

§1 : L'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques limitée par les ressources financières

La volonté d'analyser l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques, c'est-à-dire le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »¹⁰⁶⁹ contraste avec la pratique classique en droit positif. Pour le positiviste traditionnel, le droit est un système qui fonctionne en vase clos, indépendamment des rapports sociaux. Il n'a pas pour but d'évaluer les effets qu'il produit lui-même sur la société. Cette évaluation relèverait plutôt de disciplines

¹⁰⁶⁶ LASCOURMES (P.), « Effectivité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ et Storyscientia, 1988.

¹⁰⁶⁷ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 130.

¹⁰⁶⁸ COMMAILLES (J.), « Effectivité », in ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 583.

¹⁰⁶⁹ LASCOURMES (P.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993. Voir également COMMAILLE (J.), « Effectivité », *Dictionnaire de culture juridique*, sous la dir. Alland (D.) et Rial (S.), PUF, Quadriga, 2003.

économiques, sociales ou sociologiques, mais, dans tous les cas, extérieures au droit. Sous cet angle, la normativité relève de l'ordre du droit et se distingue radicalement de la factualité qui se place du côté des autres sciences sociales. S'éloignant donc de cette approche traditionnellement positiviste du droit, l'analyse de l'effectivité des normes consiste à apprécier son aptitude à obtenir les comportements conformes à ceux qu'elle prévoit.

Les juridictions constitutionnelles française et italienne s'intéressent en ce sens aux faits et à leurs conséquences sur la constitutionnalité de la loi mise en cause sur le fondement d'une norme constitutionnelle programmatique¹⁰⁷⁰. Des éléments extra-juridiques sont pris en compte pour apprécier la portée concrète de ce type de normes dont la formulation reste imprécise. A cet égard, cette imprécision rapproche ces dernières de la catégorie des normes standards qui ont pour « caractère essentiel de ne pas renvoyer, pour l'application de la règle même, à d'autres règles ou principes internes à l'ordre juridique [...], mais de renvoyer hors de l'ordre juridique, au niveau d'autres critères qui ne sont pas fixés dans le système des règles du droit »¹⁰⁷¹. Comme l'affirme T. Groppi, les « normes programmatiques peuvent être reconstruites dans leur portée essentiellement par la situation factuelle qui leur est sous-jacente »¹⁰⁷². Ce qui octroie, par conséquent, à l'interprète de la norme un large pouvoir pour plus ou moins contribuer à sa réalisation.

Nous verrons que les juge constitutionnels sortent du champ strictement juridique, qui est par principe le leur, et entrent dans le champ factuel ou contextuel, afin de légitimer ou non une certaine mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques. Or, justement, il n'est pas rare que les limites d'ordre factuel - tenant aux « réserves du possible »¹⁰⁷³ - amoindrissent l'effectivité de ces normes. Parmi ces limites, celles qui appartiennent au registre financier ont une place primordiale¹⁰⁷⁴. Que ce soit le Conseil constitutionnel ou la Cour constitutionnelle, tous

¹⁰⁷⁰ Il nous apparaît particulièrement à propos de rappeler, ici, que l'incomplétude de la norme constitutionnelle programmatique, que nous avons étudiée précédemment, en fait une catégorie de norme « souple ». Or, l'usage de cette terminologie, que l'on emprunte au registre de la matière et non à celui du droit, paraît déjà nous avertir de la tendance de cette norme à faire appel à des éléments extérieurs au droit. On l'a vu avec la prise en compte des valeurs, on le constate de nouveau avec la considération du « contexte environnant la norme ».

¹⁰⁷¹ TARUFFO (M.), « La justification des décisions fondées sur des “standards” », *RRJ*, 4, 1988, p. 1124.

¹⁰⁷² GROPPI (T.), cité in PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait »...* *op. cit.*, p. 214.

¹⁰⁷³ Cette expression est notamment à attribuer à la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Celle-ci considère que réalisation des normes programmatiques est limitée par la « réserve du possible », « dans le sens de ce que l'individu peut raisonnablement exiger de la société ». *BVerfGE* 33, 303, 333, cité in RIBES (D.), « L'incidence financière... », *op.cit.*, p. 106. Cette limite liée à la « réserve du possible » est parfois expressément prise en compte par le texte constitutionnel. C'est le cas, par exemple, en Afrique du Sud, où les articles 26 et 27 de la Constitution, relatifs au droit à un logement décent ainsi qu'au droit à la sécurité sociale, prévoient que « l'Etat doit prendre des mesures législatives et toute autre mesure raisonnable, compte tenu de ses ressources disponibles, pour mettre en œuvre la réalisation progressive de ce droit ».

¹⁰⁷⁴ PALATUCCI (L.), « La concezione dei diritti finanziariamente condizionati nel periodo del suo consolidamento : una inattesa estensione del *welfare state* costituzionale nel settore sanitario », *50 anni. Corte*

deux font une place importante aux considérations d'ordre financier dans leurs motivations lorsqu'il est fait grief à la disposition législative de méconnaître une telle norme programmatique. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs constitutionnalisé l'exigence de préserver l'équilibre des finances publiques (A). De son côté, le Conseil constitutionnel met en face de ses responsabilités le législateur qui détient la compétence financière (B).

A : La constitutionnalisation de l'équilibre financier en Italie

En Italie, la *Consulta* a vite été confrontée au problème financier que soulève la mise en œuvre des programmes constitutionnels, particulièrement des programmes sociaux prévus par les constituants. Cette réalisation impacte en effet nécessairement l'état des finances publiques. Or, l'alinéa 4 de l'article 81 de la Constitution italienne précise que toute décision prise par le législateur qui emporterait des conséquences sur les finances de l'État doit prévoir une solution pour rétablir l'équilibre¹⁰⁷⁵. D'une part, selon la Constitution, le législateur est donc responsable de l'équilibre des finances publiques. D'autre part, la concrétisation des programmes constitutionnels suscite la mise en place de mesures qui ont un coût. Par conséquent, la question était de savoir si l'existence de cette réserve de loi relative à l'autorisation des dépenses publiques devait empêcher la Cour de rendre des décisions productrices de dépenses en favorisant la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques¹⁰⁷⁶. Autrement dit, il s'agissait de déterminer si la Cour était compétente pour prendre une décision susceptible d'impacter sur l'équilibre des finances de l'État, ou bien si cette compétence relevait exclusivement du législateur en vertu du « principe de responsabilité » prévu par l'article 81 alinéa 4 de la Constitution.

Il est vrai que cette disposition s'applique au législateur et non au juge. Comme la doctrine italienne l'a souligné, la loi et les décisions de la Cour constitutionnelle sont deux normes distinctes qui ne peuvent être assimilées sans critiques¹⁰⁷⁷. En outre, le fait que les NCP soient, au

Costituzionale, « Effettività » e « seguito » delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 665 et s. Pour une approche française, voir notamment DUBUT (T.), « Les droits sociaux fondamentaux dans la jurisprudence financière du Conseil constitutionnel français », Congrès mondial de l'A.I.D.C. – Atelier n° 13 – Athènes, 11-15 juin 2007 ; RIBES (D.), « L'influence financière des décisions du juge constitutionnel », CCC, n° 24/2008, p. 104 et s.

¹⁰⁷⁵ Aux termes du quatrième alinéa de l'article 81 de la Constitution, « toute autre loi portant création ou aggravation des charges doit préciser les moyens d'y pourvoir ».

¹⁰⁷⁶ La doctrine italienne s'est partagée sur ce point. Pour une approche de ces deux thèses, voir DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives ...*, *op. cit.*, p. 423 et s.

¹⁰⁷⁷ PIZZORUSSO (A.), « Les décisions de la Cour constitutionnelle et la couverture financière des lois », *AJJC*, IV-1988, p. 492 et s. ZAGREBELSKY (G.), « Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali », *op. cit.*, p. 108.

même titre que toutes normes constitutionnelles, des normes juridiques supérieures dans la hiérarchie des normes implique qu'elles ne soient pas à la disposition de la majorité parlementaire. Le coût lié à leur concrétisation ne retire rien au fait qu'elles s'imposent au législateur, au moins quant aux mesures minimales de concrétisation.

Néanmoins, la question soulevée par l'article 81, alinéa 4, précité a d'autant plus retenu l'attention des juristes qu'initialement, conformément à la logique de développement de l'État social, la Cour constitutionnelle italienne a utilisé la technique des « décisions additives de prestation »¹⁰⁷⁸. De cette manière, elle contribuait à optimiser, en élargissant le nombre de leurs bénéficiaires, l'accès aux garanties prévues par les normes constitutionnelles programmatiques. Plus précisément, dans les premières années de son activité, la Cour constitutionnelle a favorisé la promotion de l'État social en rendant des décisions additives de prestations. Elle a ainsi cherché à étendre de plus en plus les garanties prévues par ces normes programmatiques à des bénéficiaires toujours plus nombreux. C'est le cas pour celles prévues à l'article 38 de la Constitution italienne¹⁰⁷⁹, où l'assistance a été étendue au plus grand nombre de travailleurs, opérant ainsi une égalisation par le haut du bénéfice de ces garanties¹⁰⁸⁰. Cette attitude a progressivement entraîné de lourdes conséquences sur les finances publiques, amenant la doctrine à débattre du rapport entre contrôle de constitutionnalité et principe de couverture financière prévu à l'article 81 alinéa 4 de la Constitution.

À la lecture des écrits de la doctrine italienne, on retient en effet que ces décisions additives de prestation ont lourdement pesé sur la situation financière de l'État jusqu'à la fin des années 1980¹⁰⁸¹. Il fallait donc savoir s'il convenait d'appliquer au contrôle de constitutionnalité des lois

¹⁰⁷⁸ Dans une étude consacrée à la protection sociale et au principe de l'équilibre financier en Italie, M. d'Onghia donne quelques précisions sur la notion d'arrêt additif. Selon l'auteur, « *les juristes italiens distinguent les "arrêts de caducité simple" (d'annulation, totale ou partielle du texte de loi) de ceux appelés "arrêts modificatifs", qui sont eux-mêmes divisés en "arrêts de substitution", et "arrêts additionnels". Les décisions additionnelles se caractérisent, en particulier, par le fait qu'elles permettent à la Cour de déclarer inconstitutionnelle une disposition donnée, lorsqu'elle omet de préciser un quelconque élément. D'un point de vue lexical, le dispositif des "arrêts additionnels", est formulé de la façon suivante : "déclare l'inconstitutionnalité de l'article..., pour la partie où il ne prévoit pas", ou bien "ne contient pas", ou bien "ne comprend pas" ou encore "exclut", et autres formules similaires* ». D'ONGHIA (M.), « La justice constitutionnelle italienne en matière de protection sociale et le principe de l'équilibre financier », *Revue française des affaires sociales*, 2001, n° 2, p. 193 et s, spécialement p. 196.

¹⁰⁷⁹ Aux termes de l'article 38 de la Constitution, « *Tout citoyen inapte au travail et dépourvu des moyens d'existence nécessaires a droit aux secours et à l'assistance sociale. Les travailleurs ont droit à ce que des moyens d'existence appropriés à leurs nécessités vitales soient prévus et assurés en cas d'accident, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, de chômage involontaire. Les citoyens inaptes et les handicapés ont droit à l'éducation et à la formation professionnelle. Des organismes et des instituts créés ou aidés par l'État pourvoient aux mesures prévues dans cet article. L'assistance privée est libre* ».

¹⁰⁸⁰ Voir par exemple *Corte. cost., sent. n° 230 du 9 juillet 1974, Giur. cost.*, p. 2303.

¹⁰⁸¹ ELIA (L.), « *Le sentenze additive e la piu recente giurisprudenza della Corte costituzionale, (ottobre 1981 – luglio 1985)* », in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I Padova, 1985, p. 314 et s. Concernant la norme constitutionnelle programmatique relative au droit à la protection sociale, M. d'Onghia écrit que « *La mise en œuvre de la protection sociale concerne, par la force des choses, de grandes masses et, en conséquence, pèse*

le précepte de l'article 81, alinéa 4. D'autant qu'avec ses décisions additives de prestation¹⁰⁸², le juge constitutionnel italien endossait « *un rôle de législateur positif parallèle et complémentaire à celui du Parlement* »¹⁰⁸³. Il s'agissait donc de déterminer si la Cour devait, elle aussi, assortir ses décisions génératrices de dépenses publiques des moyens permettant de faire face à ces dernières.

Après débats, la doctrine dominante a refusé l'application de l'article 81¹⁰⁸⁴ au juge constitutionnel. Cette position doctrinale fût confirmée par la suite par la Cour constitutionnelle qui considère ne pas être obligée de préciser immédiatement les « moyens » nécessaires pour répondre aux « *dépenses nouvelles ou à l'augmentation des dépenses* » qui résultent de ses arrêts¹⁰⁸⁵. La Cour constitutionnelle italienne a ainsi répondu par la négative à cette question, considérant que « *la valeur constitutionnelle de l'équilibre financier, tirée de l'article 81 [...] ne constitue pas [...] une limite dans la prise de décisions qui ont une incidence sur les recettes et les dépenses publiques* »¹⁰⁸⁶. Autrement-dit, elle juge que l'article 81 alinéa 4 ne lui est pas applicable.

La Cour constitutionnelle est donc bien compétente pour déterminer les dépenses publiques obligatoires pour mettre en œuvre les exigences que prévoient les programmes constitutionnels¹⁰⁸⁷. Cette jurisprudence aurait pu signifier que l'équilibre des finances publiques prévu à l'article 81 alinéa 4 ne serait pas opposé à la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques. D'ailleurs, selon certains, les contraintes budgétaires ne devraient pas entrer en

de façon déterminante sur les finances du pays. En réalité, de nombreux arrêts de la Cour, notamment ceux qui ont étendu la couverture sociale à certaines catégories de personnes qui en étaient exclues auparavant (arrêts appelés "additionnels"), ont augmenté les dépenses publiques, soulevant ainsi la question du respect de l'article 81 de la Constitution, en ce qui concerne le financement des dépenses supplémentaires qui résultent de ces arrêts ». D'ONGHIA (M.), *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁸² Rappelons simplement que la technique des décisions additives de prestation a, par la suite, été abandonnée par la Cour constitutionnelle italienne.

¹⁰⁸³ Cité par VALENTI (V.), *I principi costituzionale...*, *op. cit.*, p. 143, note 286.

¹⁰⁸⁴ PIZZORUSSO (A.), *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi*, RDP, 1990, p. 255 et s ; Voir aussi, *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano, 1993.

¹⁰⁸⁵ *Corte cost.*, sent. n° 406 du 6 juillet 1989, *Giur. Cost.*, p. 163.

¹⁰⁸⁶ *Corte cost.*, sent. n° 260 du 23 mai 1990, *Giur. cost.*, p. 1550

¹⁰⁸⁷ La doctrine confirme d'ailleurs ce raisonnement tout en profitant de l'occasion pour mettre les institutions publiques devant leurs responsabilités. Ainsi, comme le souligne G. Zagrebelsky, « *si la dépense est imposée par la Constitution..., l'équilibre budgétaire qui doit être préservé ne pourrait être utilisé comme argument pour empêcher l'affirmation de la Constitution, mais seulement pour imposer aux organes qui en ont le pouvoir (c'est-à-dire le Gouvernement et le Parlement) d'agir en conséquence, en prenant les mesures nécessaires pour ajuster le budget ou en adoptant de nouvelles dispositions législatives destinées à accroître les ressources* ». ZAGREBELSKY (G.), « *Problemi il ordine ai costi delle sentenze costituzionali* », *op. cit.*, p. 108. Pour des arguments étayant la thèse contraire, voir notamment, dans le débat précité, LUCIANI (M.) « *Art. 81 della costituzione e decisioni della Corte costituzionale* », *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. co. Della Costituzione*, Atti del seminario di Palazzo della Consulta del novembre 1991, Rome, 1993, p. 53 et s. L'auteur fournit des arguments favorables à l'application de l'article 81 alinéa 4 de la Constitution au juge des lois lorsque celui-ci rend une décision additive de prestation.

jeu dans la phase de détermination du contenu essentiel des droits que garantissent ces normes¹⁰⁸⁸. Si bien que la réalisation des programmes constitutionnels ne pourrait être limitée par des exigences d'ordre financier. Sous cet angle, cette jurisprudence aurait pu contribuer à assurer le développement du processus de concrétisation de ce type de normes ainsi que leur effectivité. Cependant, pour des raisons essentiellement politiques et économiques¹⁰⁸⁹, c'est une autre interprétation qui est donnée à la portée de cette décision.

Prononcer une décision, à dimension prestataire en particulier, a des répercussions directes sur l'équilibre des finances publiques. Ce que le juge des lois ne peut, sans manquer de lucidité, s'abstenir de prendre en compte dans son jugement de constitutionnalité. Si la Cour est légitime à prononcer des jugements qui ont des répercussions sur les finances publiques, elle doit toutefois faire preuve de raison en n'ignorant pas les conséquences qu'emportent ses décisions sur les finances. Aussi, la jurisprudence constitutionnelle italienne érige l'équilibre financier au rang d'impératif avec lequel la *Consulta* doit composer lorsqu'elle exerce son contrôle. Pour la Cour, « la valeur constitutionnelle de l'équilibre financier, tirée de l'article 81 de la Constitution (...) représente un élément de la pondération d'ensemble de valeurs constitutionnelles opérée au sein du jugement de constitutionnalité des lois »¹⁰⁹⁰. Dès lors, la prise en considération du paramètre financier relativise nécessairement la portée des normes constitutionnelles programmatiques. Ce que, manifestement, la Cour constitutionnelle affirme puisqu'elle déclare, par exemple au sujet de l'article 32 de la Constitution, que le droit à la protection de la santé est un droit « conditionné » dont la réalisation dépend des ressources financières à la disposition du législateur au moment de son intervention¹⁰⁹¹.

Ainsi, en plaçant l'équilibre financier dans la balance avec cette catégorie de normes, le juge des lois fait de chacun de ces deux éléments, des « exigences pareillement appréciables »¹⁰⁹². Or, inscrire l'équilibre financier au même rang que toute exigence constitutionnelle rend compte non seulement d'un équilibre inégal, mais correspond aussi, finalement, à une technique argumentative.

Sur le premier point, il paraît incorrect de placer sur un même plan la satisfaction de prestations

¹⁰⁸⁸ BOUCOBZA (I.) et ROBITAILLE (D.), *op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁸⁹ Le nombre d'« arrêts additionnels de prestation » rendu par la Cour a fini par susciter des critiques importantes qui ont généré un conflit violent entre la Cour et le Parlement. Sur ce point, voir notamment M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁹⁰ *Corte cost.*, sent. n° 260 du 23 mai 1990, *Giur. cost.*, p. 1550.

¹⁰⁹¹ *Corte cost.*, sent. n° 55 du 2 février 1990, *Giur. cost.*, p. 226.

¹⁰⁹² *Corte cost.*, sent. n° 101 du 3 avril 1987, *Giur. cost.*, p. 772.

sociales et les contraintes budgétaires. C'est, en effet, s'éloigner de l'intérêt anthropocentré¹⁰⁹³ et mettre en lumière l'intérêt statocentré. Comme le souligne M. Luciani, « *la fin (la satisfaction des droits sociaux de la personne) ne peut pas être placée au même niveau que le moyen (l'efficacité économique)* »¹⁰⁹⁴.

Sur le second point, mettre en balance l'équilibre des finances et la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques permet de limiter la portée de ces dernières. Ce n'est pas un hasard si la notion de contenu minimum des droits prévu par ces normes est apparue dans la jurisprudence constitutionnelle italienne à la même époque que celle d'équilibre des finances publiques. Comme le précisent I. Boucobza et D. Robitaille, « *c'est précisément au moment où la Cour s'est montrée plus sensible à l'argument de la compétence budgétaire du Parlement et de la disponibilité des ressources financières qu'elle a fait appel à la notion* »¹⁰⁹⁵ de contenu minimum.

La prise en considération des finances publiques par le juge constitutionnel apparaît alors comme une sorte de technique de rhétorique pouvant servir à justifier, non pas la mise en œuvre optimale de ces normes programmatiques, mais leur réalisation minimale. Cette technique argumentative rend effectivement « *plausible une mise en balance entre valeurs hétérogènes* »¹⁰⁹⁶, en permettant leur « *“homogénéisation” à travers l'artifice tenant, d'un côté, à discréditer la prescriptivité du principe constitutionnel dans lequel le droit trouve reconnaissance, et, d'un autre, à lui opposer le principe de la couverture financière des lois de dépense* »¹⁰⁹⁷. Ainsi, la Cour constitutionnelle juge, par exemple, qu'« *il n'est pas possible d'exclure la possibilité d'une intervention législative qui, en raison de l'indérogeable exigence de limitation de la dépense publique, réduise définitivement un traitement de pension précédemment prévu, étant donné qu'il existe la limite des ressources disponibles* »¹⁰⁹⁸.

Il est établi que les normes constitutionnelles programmatiques correspondent à des normes dont la mise en œuvre est conditionnée par la volonté du législateur et les choix qu'il effectue lorsqu'il légifère. Mais force est de constater que la restriction de leur portée est encore plus importante. Introduire l'équilibre financier au sein des valeurs constitutionnelles avec lesquelles le législateur doit composer permet en effet de jouer sur la marge de manœuvre du législateur pour les concrétiser. Cet élément est d'autant plus important qu'il influe sur l'orientation politique que

¹⁰⁹³ Sur ce point, voir nos développements de la première partie relatifs à la portée anthropocentrée des normes constitutionnelles programmatiques que nous avons mise en opposition à la puissance publique en général et au législateur en particulier, principal destinataire de ces normes.

¹⁰⁹⁴ LUCIANI (M.), « Sui diritti sociali », *op. cit.*, p. 127 ; D'ONGHIA (M.), « La justice constitutionnelle italienne en matière de protection sociale et le principe de l'équilibre financier », *op. cit.*, p. 193 et s.

¹⁰⁹⁵ BOUCOBZA (I.) et ROBITAILLE (D.), *op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁹⁶ BIN (R.), *Diritti e argomenti*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

¹⁰⁹⁸ *Corte cost., sent. n° 417 du 27 décembre 1996, Giur. cost.*, p. 3712.

revêtent, nécessairement, les décisions prises par le législateur. En ce sens, puisque la Cour constitutionnelle italienne impose une charge budgétaire supplémentaire, elle influence les choix des priorités financières que fera le Parlement. Ce qui, en matière de norme constitutionnelle programmatique, est fondamental car c'est bien la poursuite d'une politique publique qui permettra la concrétisation du programme constitutionnel. En outre, ces normes étant conditionnées par le niveau des ressources financières disponibles qui doit rester équilibré, la portée de ces normes reste nécessairement limitée dans une conjoncture économique défavorable.

L'exigence de « *l'équilibre economico-financier* »¹⁰⁹⁹ ne tarde pas à devenir un argument récurrent, dont le juge constitutionnel italien use pour éviter de sanctionner une loi qui ne mettrait pourtant pas en œuvre de manière optimale cette catégorie de normes. La Cour juge ainsi que le caractère programmatique de la norme fait qu'il s'agit d'« *un droit conditionné dont la réalisation dépend du législateur en tenant compte des limites objectives que ce même législateur rencontre dans son action de mise en œuvre de la Constitution en relation avec les ressources institutionnelles et financières dont il dispose* »¹¹⁰⁰. Dans ces conditions, la Cour considère, certes, qu'il appartient au législateur, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de déterminer les moments et modalités de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques relatives aux prestations sociales. Mais elle ajoute aussi clairement que cette détermination doit se faire « *sur la base d'une adaptation proportionnelle à la satisfaction des autres droits eux aussi constitutionnellement garantis, et dans les limites de la compatibilité financière* »¹¹⁰¹. Il en est de même lorsque, pour ne pas censurer la loi relative à la détermination des coefficients de revalorisation du montant nominal des contributions versées en matière de retraite, la Cour constitutionnelle se fonde sur le caractère raisonnable de l'intervention du législateur du fait « *de l'indéniable gravité pour le Trésor public de pareils choix et la nécessité pour le législateur de tenir compte aussi en terme d'adéquation des traitements de retraites, du cadre de la politique économique et des disponibilités financières concrètes* »¹¹⁰².

Cette exigence liée au maintien de l'équilibre financier se retrouve aussi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tout comme son homologue italien, le juge constitutionnel français relativise la portée des normes constitutionnelles programmatiques en la limitant par la nécessité de préserver le niveau des ressources financières. Pour ce faire, le juge des lois met le législateur français face à ses responsabilités.

¹⁰⁹⁹ Voir par exemple, *Corte cost., sent.* n° 101 du 3 avril 1987, *Giur. cost.*, p. 772.

¹¹⁰⁰ *Corte cost., sent.* 455 du 16 octobre 1990, *op. cit.*

¹¹⁰¹ *Corte cost., sent.* n° 17 du 19 janvier 1995, *op. cit.* ; *Corte cost., sent.* n° 28 du 15 février 1984, *op. cit.* ; *Corte cost., sent.* n° 105 du 17 avril 1985, *op. cit.*

¹¹⁰² *Corte cost., sent.* n° 3 du 19 janvier 2007 ; *Corte cost., sent.* n° 106 du 17 mars 2011, *Giur. cost.*, p. 1183 ; *Corte cost., sent.* n° 118 du 10 mai 2012 ; *Corte cost., sent.* n° 131 du 25 mai 2012.

B : La compétence financière réservée au législateur en France

Contrairement à la Constitution italienne, la Constitution française ne prévoit pas de disposition spécifique enjoignant au législateur, qui aurait créé une charge financière supplémentaire pour la puissance publique, de préciser les moyens d'y pourvoir. Selon l'article 34, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être assujettis les contribuables. Aux termes de cette disposition, « *Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* »¹¹⁰³. Mais l'hypothèse d'une augmentation des charges n'est pas envisagée contrairement à ce que prévoit l'article 81 alinéa 4 de la Constitution italienne. Dans ces conditions, la question, rencontrée en Italie, de savoir si l'existence de la réserve de loi relative à l'autorisation des dépenses publiques devait empêcher le juge de la loi de rendre des décisions productrices de dépenses ne s'est pas posée en France. Toutefois, le juge constitutionnel français s'est lui aussi confronté au problème des conséquences financières qu'emportent ses décisions relatives aux normes constitutionnelles programmatiques.

Toutes les décisions rendues par le Conseil constitutionnel n'ont pas pour effet d'avoir une incidence dommageable sur les finances publiques. Elles peuvent, par exemple, élargir le champ d'une imposition ou bien diminuer la portée d'une prestation. Dans ce cas, elles augmentent les ressources et restreignent les dépenses publiques, ce qui n'emporte pas de conséquence négative sur le budget de l'État. Ainsi, le Conseil constitutionnel a étendu la base d'imposition de la taxe pesant sur les imprimés gratuits et non demandés en censurant, sur le fondement du principe d'égalité fiscale, l'exemption de ceux qui sont nominativement adressés aux particuliers¹¹⁰⁴.

¹¹⁰³ Th. Dubut précise que « *Les lois financières ne sont rien d'autre que "la traduction financière des lois et règlements en vigueur", c'est à dire des obligations contractées tant par le législateur que par le Gouvernement* ». DUBUT (TH.), *op. cit.*, p. 3, citant la décision du Conseil constitutionnel n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances pour 1987*, *Rec.* p. 179. L'auteur poursuit en ajoutant que ces lois « *consistent alors à donner aux pouvoirs publics les moyens financiers nécessaires à la mise en œuvre des différents choix politiques formulés par le Parlement. Ainsi, ce que la loi ordinaire va décider, la loi financière va le traduire financièrement par l'inscription au budget de l'Etat d'une dépense qu'il faudra nécessairement couvrir par une recette. Par conséquent, on comprend que l'effet juridique potentiel des droits sociaux fondamentaux peut se trouver renforcé ou atténué dans la traduction financière des politiques sociales et plus précisément sur les actes de dépenses du budget de l'Etat.* »

¹¹⁰⁴ Cons. const., décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, *Rec.* p. 480, notes RIBES (D.), *D.* 2004, p. 1277. La disposition législative mise en cause prévoyait que « *toute personne physique ou morale qui, gratuitement, met pour son propre compte à disposition des particuliers sans que ceux-ci en aient fait préalablement la demande, [...] des imprimés non nominatifs, [...] est tenue de contribuer à la collecte, la valorisation et l'élimination des déchets ainsi produits* ». Le juge constitutionnel considère « *qu'en soumettant à ce dispositif les imprimés gratuits et non demandés distribués dans les boîtes*

Cependant, une difficulté existe lorsque les décisions constitutionnelles engendrent des conséquences financières dommageables pour l'État en augmentant les dépenses publiques ou en diminuant les ressources. Dans ce cas, le pouvoir normatif du Conseil constitutionnel est là aussi opposé à la compétence financière du législateur. Pour autant, comme l'écrit D. Ribes, ce problème a fait l'objet de peu de commentaires de la part de la doctrine française¹¹⁰⁵.

Pourtant, afin de concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques et d'inscrire dans la réalité les garanties que prévoient ces programmes, de telles dépenses sont nécessaires. Cette problématique ne fait que mettre en exergue le coût financier qu'implique le développement de la Constitution. Déclarer l'inconstitutionnalité d'une mesure législative qui, en ne permettant pas la concrétisation de cette catégorie de normes, méconnaîtrait les exigences constitutionnellement prévues, revient indirectement à demander au législateur un effort financier supplémentaire pour pouvoir assurer la mise en œuvre du programme constitutionnel. Autrement dit, le pouvoir décisionnel du juge se confronte à la compétence financière du législateur, seule autorité habilitée à déterminer la répartition des finances publiques. L'étude de la jurisprudence financière du Conseil constitutionnel montre que le juge procède en conciliant des exigences constitutionnelles que sont l'équilibre financier et les normes constitutionnelles programmatiques, ou bien en mettant les autorités compétentes devant leurs responsabilités.

Dans le premier cas, il arrive que le Conseil constitutionnel concilie l'exigence prévue par le programme constitutionnel avec celle relative à l'objectif de valeur constitutionnelle d'équilibre financier de la sécurité sociale. Ainsi, dans la décision n° 2002-463 DC, le juge admet que le législateur limite les champs des dépenses relatives au remboursement des médicaments sur la base du prix de ceux correspondant à la catégorie « générique ». Pour le Conseil, cette mesure « *a pour objet de limiter les dépenses de l'assurance maladie et concourt par suite à préserver l'équilibre financier de la sécurité sociale qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle* »¹¹⁰⁶. Dès lors, s'il ne doit pas primer, l'équilibre financier de la sécurité sociale,

aux lettres de façon non nominative, tout en exemptant les mêmes imprimés lorsqu'ils font l'objet d'une distribution nominative, le législateur a instauré une différence de traitement injustifiée au regard de l'objectif poursuivi » par la loi. La censure limitée à certains termes de la disposition a permis de garantir sa constitutionnalité par extension de la base d'imposition. L'année précédente, n'ayant pu censurer de manière circonscrite les dispositions mises en causes portant sur des catégories indûment exonérées, le Conseil constitutionnel avait été contraint de déclarer inconstitutionnel l'ensemble du dispositif fiscal (Cons. const., décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances initiale pour 2003*, Rec. p. 583).

¹¹⁰⁵ RIBES (D.), « L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel », *op. cit.* L'auteur rappelle que L. Favoreu avait précisé qu'il « *incombe aux neuf sages la tâche délicate d'établir un équilibre entre le respect des droits des individus et des familles et l'intérêt général qui peut être un intérêt financier. Il n'est pas certain qu'il le fasse toujours de manière satisfaisante* », in FAVOREU (L.), « Les sages et les deniers publics », *Le Figaro*, 2 janvier 1998. Voir également FAVOREU (L.) et ESCARRAS (J.-C.), in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, *op. cit.*, p. 297 et s.

¹¹⁰⁶ Cons. Const., décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, Rec. p. 540.

en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle poursuivant un but d'intérêt général¹¹⁰⁷, doit être concilié avec l'exigence constitutionnelle prévue par la norme constitutionnelle programmatique, en l'occurrence la protection de la santé¹¹⁰⁸. Dans ces conditions, « *l'équilibre financier de la sécurité sociale vient rappeler que les capacités financières de l'État dans la mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux ne sont pas illimitées et peuvent constituer un obstacle matériel important à leur réalisation* »¹¹⁰⁹.

Dans le second cas, puisque les dépenses nécessaires à la concrétisation de pareilles normes sont des dépenses imposées par la Constitution, le juge constitutionnel peut se fonder sur la nécessité de préserver l'équilibre budgétaire pour imposer aux autorités compétentes de prendre soit les mesures propres à préserver le budget, soit d'autres mesures législatives afin d'augmenter les ressources de l'État. Dans l'hypothèse d'un déséquilibre financier survenu en raison de dépenses nécessaires à la réalisation des programmes constitutionnels, le juge s'adresse au Gouvernement en lui demandant de déterminer un dispositif rétablissant cet équilibre. Ainsi, dans la décision n° 2002-456 DC, le Conseil constitutionnel impose au Gouvernement de présenter un projet de loi de finances rectificative en cas de modification, en cours d'exercice, de l'équilibre économique et financier prévu¹¹¹⁰. Il considère que, si au cours de l'exercice, « *les recouvrements de recettes*

¹¹⁰⁷ L'équilibre financier de la sécurité sociale est reconnu par le Conseil constitutionnel comme objectif de valeur constitutionnelle dans sa décision n° 2002-463 DC précitée. En l'espèce, le juge écarte le moyen fondé sur la méconnaissance du droit à la protection de la santé par une disposition modifiant les conditions de remboursement des médicaments génériques, dans la mesure où celle-ci avait pour objet de limiter les dépenses mises à la charge de l'assurance maladie et par suite concourrait à « *l'équilibre financier de la sécurité sociale qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle* ». Voir aussi, notamment, la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, Rec. p. 487.

¹¹⁰⁸ Aux termes de cette conciliation, il semble que l'équilibre des finances prime sur la norme constitutionnelle programmatique. Toutefois, il faut noter que si le juge constitutionnel écarte le grief invoqué, c'est sous la condition que certaines réserves soient respectées. Le Conseil précise en effet « (...) *qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire de prévoir les modalités d'une information précise de l'ensemble des assurés sociaux quant aux principes généraux du nouveau système de remboursement des médicaments et quant à la possibilité de se faire prescrire ou délivrer un médicament dont le prix soit égal à la base de remboursement ou le plus voisin de celle-ci ; qu'il revient en outre aux autorités administratives compétentes d'accompagner la mise en œuvre du nouveau système de remboursement par des actions de formation des professionnels de santé à l'usage des spécialités génériques, de contribuer à l'élaboration de "bonnes pratiques" en ce qui concerne la prescription de médicaments génériques par les médecins, ainsi que d'encourager l'exercice par les pharmaciens du pouvoir de substitution qu'ils détiennent en vertu de l'article L. 5125-23 du code de la santé publique ; (...) qu'il appartiendra aux auteurs de l'arrêté prévu par le deuxième alinéa de l'article L 162-16 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi déferée, de fixer le tarif forfaitaire de responsabilité de telle sorte que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé » ; (...) que, sous ces réserves, les dispositions de l'article 43 de la loi déferée ne sont pas contraires à la Constitution* ». De cette manière, en posant certaines conditions à la validité de la disposition litigieuse, le juge veut signifier que la mesure réglementaire à venir doit concrétiser la loi de telle manière que les « exigences constitutionnelles » ne soient pas remises en cause.

¹¹⁰⁹ DUBUT (TH.), *op. cit.*, p. 26.

¹¹¹⁰ Cons. const., décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, Rec. p. 180. Dans le même sens, Cons. const., décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, Rec. p. 164. Le Conseil considère « *qu'il ne ressort pas des éléments fournis au Conseil constitutionnel que les prévisions de recettes et les objectifs de dépenses, présentés pour 2002, soient*

constatés s'écartaient sensiblement des prévisions, il appartiendrait au Gouvernement de soumettre au Parlement un projet de loi de finances rectificative »¹¹¹¹.

Il revient donc au législateur de réagir dans le sens de la préservation de l'équilibre financier lorsque le Conseil a rendu sa décision. Lorsque la loi est déclarée inconstitutionnelle, c'est le législateur qui est donc rendu responsable de l'état des finances publiques. Comme le souligne Th. Di Manno, « *une fois la décision d'inconstitutionnalité rendue, le législateur se trouve devant une alternative : ou bien il décide de reprendre la loi mais, dans ce cas, il devra y intégrer les exigences constitutionnelles mises en exergue par le Conseil dans sa décision, ou bien il décide de ne pas prendre en compte ces exigences, mais alors il devra renoncer à la loi »¹¹¹².*

La compétence financière en matière de norme constitutionnelle programmatique revient donc au législateur. D'autant que le Conseil constitutionnel français a longtemps évité de « compléter » les modalités de réalisation d'une prestation afin d'en étendre le bénéfice. De telles décisions « *ont pour effet de produire, à la charge de l'État ou d'une autre personne publique, une obligation de prestation qui se traduit inévitablement par une augmentation des dépenses publiques »¹¹¹³. La décision *Égalité entre Français et étrangers*¹¹¹⁴ rend parfaitement compte de la prise en considération des dépenses publiques au détriment du processus de réalisation de ce type de normes constitutionnelles et du refus de prononcer des décisions productrices de dépenses. En l'espèce, la loi déferée au Conseil constitutionnel tendait à exclure du bénéfice d'une prestation d'assistance une catégorie d'étrangers résidant régulièrement en France. Au lieu de procéder à une interprétation constructive de cette disposition en étendant le bénéfice de la prestation à tous les*

*entachés d'une erreur manifeste, compte tenu des aléas inhérents à leur évaluation et des incertitudes particulières relatives à l'évolution de l'économie en 2002 ; que, toutefois, s'il apparaissait en cours d'année que les conditions générales de l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale étaient remises en cause, il appartiendrait au Gouvernement de soumettre au Parlement les ajustements nécessaires dans une loi de financement de la sécurité sociale rectificative ou, à défaut, s'il en était encore temps, dans la loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2003 » ; Cons. const., décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances pour 2003*, Rec. p. 583, Cons. const., décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, *Loi de finances rectificative 2011*, JO du 30 juillet 2011, p. 13001.*

¹¹¹¹ *Ibid.*

¹¹¹² DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives »...*, *op. cit.*, p. 435.

¹¹¹³ DI MANNO (TH.), *op. cit.*, p. 419.

¹¹¹⁴ Cons. const., décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Egalité entre Français et étrangers*, Rec. p. 33. À cette occasion le juge des lois sanctionne l'article 4 de la loi mise en cause sur le fondement du principe d'égalité. Suivant la disposition déferée au Conseil constitutionnel, l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité « *n'est due aux étrangers qu'en application des règlements communautaires ou de conventions internationales de réciprocité* ». Cet article étendait ainsi, par rapport à la législation antérieure, le bénéfice de la prestation d'assistance non contributive aux personnes âgées sans ressources. Dans sa décision, le Conseil énonce le considérant suivant lequel « *le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droit fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ». À la lecture de ce considérant, et après confrontation de celui-ci à l'article 4 de la loi déferée, se pose un problème de constitutionnalité. En effet, suivant les termes de la disposition mise en cause, ne peuvent pas prétendre au bénéfice de la prestation d'assistance, les étrangers qui résident régulièrement en France mais qui ne peuvent se prévaloir de conventions ou de règlements internationaux.

étrangers résidant régulièrement sur le territoire, le juge des lois se contente de l'annuler¹¹¹⁵. Par conséquent, la décision du Conseil constitutionnel n'a pas directement d'incidences négatives sur les finances publiques. Seul le législateur est donc bien susceptible d'augmenter les dépenses publiques en élargissant la catégorie des bénéficiaires concernés par une prestation. Les « *conséquences financières [de la décision] ne sont que potentielles tant que le législateur n'“exécute” pas la décision du Conseil* »¹¹¹⁶. Cependant, en choisissant d'annuler la disposition et non de la compléter par une interprétation constructive, le Conseil relativise clairement la portée des normes constitutionnelles programmatiques. Celle-ci passe en effet après la préservation de la compétence législative en matière budgétaire - laissant finalement la charge de réaliser le programme constitutionnel à la discrétion du législateur -, ainsi que la nécessité de ne pas accroître les dépenses publiques.

Mais il est possible que l'institution, en France, d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité à travers la question prioritaire de constitutionnalité amène le Conseil constitutionnel à s'inspirer de la technique des décisions additives, utilisée un temps par la Cour constitutionnelle italienne pour éviter une annulation de la loi et lui préférer la « reconstruction » de sa portée normative. Comparant la question prioritaire de constitutionnalité avec le contrôle *a posteriori* opéré par la Cour constitutionnelle italienne, F. Laffaille pose la question de savoir si le juge constitutionnel français ne risque pas dorénavant d'« *exiger plus* » du législateur pour que soient respectés des droits sociaux perpétuellement en mouvement »¹¹¹⁷. Le Conseil pourrait en effet reproduire la tendance audacieuse qu'a eue un temps la Cour constitutionnelle italienne à rendre des arrêts additifs de prestation, afin de promouvoir la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques en augmentant les dépenses publiques. Pour autant, il faudra alors composer avec les conséquences lourdes pour les charges publiques que ce type de décisions entraîne. Or, « *un cynisme élémentaire commande d'ajouter que l'inaction pour défaut de couverture financière tend à devenir pérenne en raison de la dégradation constante des finances publiques* »¹¹¹⁸. Dès lors, les programmes constitutionnels ne peuvent obtenir une pleine réalisation.

¹¹¹⁵ Dans le même sens, voir la décision n° 2002-463 DC précitée. Alors que la méconnaissance du droit à la protection de la santé est invoqué devant lui, le Conseil constitutionnel ne déclare pas inconstitutionnelle une loi mettant en place des dispositifs destinés à contenir les dépenses de l'assurance maladie. Le juge formule, au mieux, une réserve d'interprétation sur le niveau de prise en charge des dépenses de santé. Celui-ci ne doit alors pas être fixé à un niveau tel que l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît le droit à la protection de la santé soit méconnu.

¹¹¹⁶ DI MANNO (TH.), *op. cit.*, p. 437.

¹¹¹⁷ LAFFAILLE (F.), « *Hic sunt leones. La question prioritaire de constitutionnalité en France...* », *op. cit.*, p. 41.

¹¹¹⁸ *Ibid.*

Au contraire, le Conseil constitutionnel pourrait refuser de faire usage des décisions additives de prestation afin d'écartier les risques d'augmentations supplémentaires des charges publiques. Toutefois, dans ce cas, le juge ne peut pas contribuer à améliorer la réalisation des normes constitutionnelles programmatiques, notamment en égalisant par le haut le nombre des bénéficiaires des prestations qu'elles prévoient. Finalement, là encore, l'effectivité de ces normes risque de se heurter à l'impératif de l'équilibre financier¹¹¹⁹. Elle est d'ailleurs d'autant plus relativisée qu'elle se heurte à la nécessaire progressivité inhérente aux limites imposées par les ressources financières ; progressivité qui contraint, elle aussi, la mise en œuvre de ces normes.

§2 - Une effectivité limitée par la progressivité de la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques

Le principe d'une réalisation progressive des normes constitutionnelles programmatiques se présente comme une conséquence nécessaire de ce qui caractérise ces normes : leur « programmaticité » (A). Sous l'angle international, la progressivité est connue comme étant une technique de garantie des normes programmatiques puisque les États parties au Pacte International des Droits Économiques et Sociaux (PIDESC) se sont engagés à concrétiser progressivement ces droits¹¹²⁰. Sur le plan national, cette progressivité est parfois critiquée en raison du fait qu'elle manifeste le *self restraint* du juge constitutionnel dans la protection des normes constitutionnelles programmatiques (B).

A – La progressivité inhérente à la programmaticité de la norme

Utilisé par le juge constitutionnel français, le principe de progressivité s'identifie particulièrement dans la jurisprudence constitutionnelle italienne et dans les écrits de la doctrine sous l'appellation *gradualità*¹¹²¹ (progressivité, gradualité). Le caractère programmatique des normes constitutionnelles implique spécialement que leur mise en œuvre soit astreinte à ce principe. En

¹¹¹⁹ Ce qui amène F. Laffaille à considérer qu' « *Il ne faut donc pas imaginer que cette actio popularis indirecte qu'est la question prioritaire de constitutionnalité pourra devenir l'instrument de revendications sociales jugées (à tort ou à raison) disproportionnées* ». *Ibid.*

¹¹²⁰ Aux termes de l'article 2 alinéa 1 du PIDESC du 3 janvier 1976, « *Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives* ».

¹¹²¹ *Corte cost. sent. n° 33 du 25 février 1975, Giur. cost. p. 143 et s.* Sur la notion de « *gradualità* », voir notamment, PARDINI (J.-J.), « *Principe de gradualità et droits sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie* », *op. cit.*, p. 57 et s. ; BIN (R.), *Diritti e argomenti, op. cit.*, p. 107 et s.

effet, l'imprécision de ces normes et, surtout, le fait que leur concrétisation soit financièrement conditionnée, impose au législateur d'intervenir de manière progressive pour les mettre en œuvre.

La *gradualità* – ou la progressivité – signifie que la réalisation des programmes constitutionnels s'inscrit dans un rapport tridimensionnel « droit-temps-réalité ». La concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques trouve en effet sa limite, non seulement dans le temps que prend la mise en œuvre des dispositifs législatifs permettant l'accès effectif aux prestations constitutionnellement prévues, mais aussi dans la « réserve du possible ». Autrement dit, la portée de la concrétisation de ces normes dépend des contraintes imposées par la réalité. Or, parce que la mise en œuvre des programmes constitutionnels appelle des mesures ayant nécessairement un impact sur les finances publiques, elle dépend des ressources financières dont dispose l'État. C'est pourquoi la programmaticité de ces normes implique une concrétisation progressive, suivant les disponibilités financières du moment.

À cet égard, M. Ferri, président de la Cour constitutionnelle italienne, précise que « *mention spéciale doit être faite du principe de gradualità dans la mise en œuvre des droits aux prestations positives et en particulier des droits sociaux* »¹¹²². Pour lui, les droits garantis par des normes constitutionnelles programmatiques « *sont nécessairement conditionnés, dans leur mise en œuvre, par la mise en balance avec d'autres intérêts protégés par la Constitution, compte tenu des limites objectives provenant des ressources financières disponibles* »¹¹²³. De même, P. Mazeaud, président du Conseil constitutionnel français, affirme que le tempérament de la portée de ces normes en fonction du niveau des finances publiques est inévitable, puisque c'est « *évidemment le réalisme qui a dicté cette solution : le niveau des prestations servies par l'État Providence étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel* »¹¹²⁴.

Le principe de progressivité emporte ainsi des incidences négatives sur l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques dont la concrétisation reste limitée par des données factuelles. Le juge constitutionnel italien insiste d'ailleurs clairement sur la soumission de cette concrétisation à la « *gradualità exigée par les disponibilités financières* »¹¹²⁵. En se fondant sur le principe de « *gradualité* », il déclare, par exemple, constitutionnelle une disposition législative

¹¹²² Discours commémoratif du 4 juin 1996 tenu à l'occasion du quarantième anniversaire de la Cour constitutionnelle italienne, *Cahiers du CDPC*, 7, 1996, p. 31.

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ MAZEAUD (P.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence prononcée à Erevan, 2005, consultable en ligne : <http://www.conseilconstitutionnel.fr/divers/documents/20051001erevan.pdf>.

¹¹²⁵ *Corte cost.*, sent. n° 33, 25 février 1975, *op. cit.* Limités par une réalisation en ce sens nécessairement progressive, les programmes constitutionnels renvoient dès lors à des droits « conditionnés ». A propos du droit à la santé, *Corte cost.*, sent n° 455, 16 octobre 1990, *Giur. cost.*, p. 2732 et s.

dont les requérants contestaient pourtant la validité en ce qu'elle avait méconnu les normes constitutionnelles programmatiques tirées des articles 4 et 35 de la Constitution¹¹²⁶. En l'espèce, il était fait grief à cette disposition législative, relative au licenciement individuel, de ne pas garantir dans tous les cas ni la reprise du travail de l'employé dont le contrat de travail avait été rompu, ni la conservation de son poste et, de ce fait, de ne pas protéger le droit au travail. Cette mesure législative prévoyait en effet qu'en cas de licenciement injustifié, l'employeur pouvait soit réintégrer l'employé licencié, soit, à défaut, lui verser une indemnité. Pour la Cour constitutionnelle, une telle mesure « *ne peut pas ne pas être considérée comme une mise en œuvre de la norme constitutionnelle seulement parce que pareille mise en œuvre est incomplète* »¹¹²⁷. Elle juge ainsi que « *dans l'exercice discrétionnaire de son pouvoir, le législateur donne application à ces principes avec gradualité, ce qui est suffisant pour exclure l'inconstitutionnalité de cette disposition* »¹¹²⁸. Dans le même sens, la Cour considère que pour concrétiser la norme programmatique tirée de l'article 38, alinéa 2, de la Constitution, « *le législateur doit déterminer, en prenant en considération les exigences de vie des travailleurs et les disponibilités financières effectives, le montant des prestations* »¹¹²⁹. Elle juge que « *la gradualité dans la concrétisation du précepte mis en cause apparaît comme une caractéristique nécessaire et, en même temps, compatible avec les exigences et les intérêts constitutionnellement garantis* »¹¹³⁰. Aujourd'hui encore, le juge constitutionnel considère que pour concrétiser cette catégorie de normes, le législateur doit apprécier leurs modalités de mise en œuvre ainsi que « *la gradualité en relation avec tous les intérêts constitutionnels en jeux* »¹¹³¹.

¹¹²⁶ *Corte cost., sent.* n° 194, 18 décembre 1970, *Giur. cost.*, p. 2241.

¹¹²⁷ *Ibid.*

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ *Corte cost., sent.* n° 128 du 28 juin 1973, *Giur. cost.*, p. 1330 ; *Corte cost., sent.* n° 101 du 29 avril 1981, *Giur. cost.*, p. 855.

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ *Corte cost., sent.* n° 293 du 9 novembre 2011, *Giur. Cost.*, p. 2896. En l'espèce, le juge constitutionnel était saisi d'une disposition de loi relative aux indemnités versées en cas de contamination par l'hépatite lors d'une transfusion. La Cour précise que la concrétisation de la norme constitutionnelle programmatique tirée de l'article 38 de la Constitution passe par l'intervention du législateur qui apprécie notamment les modalités à adopter de distribution des aides ainsi que la gradualité avec laquelle la mise en œuvre doit se faire. L'application du principe de progressivité est récurrente dans la jurisprudence constitutionnelle. Par exemple, dans la décision n° 42 de 1982, la Cour retient que le législateur réalise l'unification progressive des prestations de prévoyances avec la gradualité nécessaire au regard des lourdes charges financières que cela implique. *Corte cost., sent.*, n° 42 du 22 janvier 1982, *Giur. cost.*, p. 351. Dans sa décision n° 12 de 1986, elle considère qu'« *il est vrai que sont exclues de la majoration, les pensions inférieures au minimum prévu par la loi. Mais la limitation introduite n'est pas irrationnelle. L'objectif de ces pensions est de sauvegarder, au regard du coût croissant de la vie, la capacité d'accéder à la pension de prévoyance. Le législateur a poursuivi ce but suivant le critère de gradualité et de compatibilité avec les ressources disponibles, sans pour autant méconnaître la norme en cause* ». *Corte cost., sent.* n° 12 du 22 janvier 1986, *Giur. cost.*, p. 73 ; *sent.* n° 372 du 20 novembre 1998, *Giur. cost.*, p. 3261 ; *sent.* n° 228 du 8 juin 2000, *Giur. cost.*, p. 1790.

La progressivité est donc la conséquence de la présence de contraintes financières qui s'imposent à la concrétisation de ces normes du fait de leur caractère programmatique. Or, l'utilisation de ce principe par le juge constitutionnel peut s'interpréter de deux manières différentes : l'une positive, favorable aux normes constitutionnelles programmatiques; l'autre, au contraire, favorable aux intérêts budgétaires au détriment de ces dernières.

D'après la première interprétation, la progressivité pourrait correspondre à une technique nécessaire pour dépasser les difficultés financières¹¹³² auxquelles se heurte le processus de concrétisation de la norme programmatique. Cette lecture fait de ce principe une sorte de garantie pour ce type de normes, car il implique que leur mise en œuvre « ne peut qu'évoluer dans le temps en fonction des ressources disponibles »¹¹³³. Toutefois, cette confiance en l'avenir ne saurait occulter le fait qu'en usant de ce principe, le juge constitutionnel relativise considérablement la portée des normes constitutionnelles programmatiques. Le fait que le juge constitutionnel recourt au principe de « gradualité » peut, pour cela, soulever de lourdes critiques.

D'abord, parce que la progressivité correspond à un instrument supplémentaire servant à la pondération des intérêts constitutionnellement protégés. Or, cette progressivité qu'impliquent les disponibilités financières amène fréquemment le juge constitutionnel à ne pas sanctionner une mesure législative. Comme le relève M. d'Onghia, « *“progressivité” et “exigences budgétaires” ont été souvent rappelées par la Cour, simplement comme des justifications stéréotypées pour les choix que peut effectuer le législateur dans la distribution des prestations publiques* »¹¹³⁴, engendrant une sorte de « présomption de légitimité » des mesures législatives¹¹³⁵. Ce souci de préserver les finances de l'État qui impose la progressivité de la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques se retrouve aussi dans la jurisprudence constitutionnelle française. Le Conseil constitutionnel considère en effet que la capacité financière de l'État pour mettre en œuvre ce type de normes n'étant pas illimitée, elle relativise nécessairement leur

¹¹³² Corte cost., sent. n° 374 de 1988, *Giur. cost.*, p. 1658.

¹¹³³ PARDINI (J.-J.), « Le principe de *gradualità*... », *op. cit.*, p. 65. Dès lors, le principe de *gradualità* semble en quelque sorte assurer que ce qui ne peut être réalisé aujourd'hui pourra l'être demain. On comprend qu'elle devienne alors fondamentale en matière de norme constitutionnelle programmatique. A tel point que, faisant expressément référence à la nature programmatique de l'article 38 alinéa 2 de la Constitution ou du droit à la santé, la Cour lie au caractère programmatique de la norme la gradualité, autrement dit la progressivité, de sa concrétisation. Voir respectivement, Corte cost., sent. n° 300 du 19 novembre 1985, *Giur. cost.*, p. 2271 et Corte cost., sent. n° 455 du 26 septembre 1990, *Giur. cost.*, p. 2732.

¹¹³⁴ D'ONGHIA (M.), « La justice constitutionnelle italienne en matière de protection sociale et le principe de l'équilibre financier », *op. cit.*

¹¹³⁵ Le juge constitutionnel considère alors que « *La réaffirmation du principe de gradualité de la mise en œuvre du droit aux formes d'assistance en cas de maladie ne justifie pas l'égalisation prétendue nécessaire entre ceux qui ont subi le dommage avant l'entrée en vigueur de la loi et ceux qui l'ont subi après* ». Corte cost., sent. n° 226 du 8 juin 2000, *op. cit.* ; Corte cost., sent. n° 372 du 20 novembre 1998, *op. cit.*

portée¹¹³⁶ : « le niveau des prestations servies par l'«État Providence» étant conditionné par la situation économique »¹¹³⁷, la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques ne peut donc être que progressive.

Ensuite, parce qu'en prenant en compte les contraintes financières dans la concrétisation de ces normes, le juge considère que le caractère progressif des prestations que ces dernières garantissent est subordonné à des appréciations qui doivent être réalisées dans le « *contexte plus large de la politique économique générale et par rapport aux ressources disponibles* »¹¹³⁸. S'il est légitime de graduer les engagements financiers de l'État, cette technique est « *totalelement aberrante* » lorsqu'elle implique que l'État « *peut bénéficier d'une marge similaire dans le domaine du pouvoir politique discrétionnaire, en déterminant le contenu des droits constitutionnels* »¹¹³⁹. En ce sens, l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques pourrait être encore plus relativisée par le risque que ce type de considérations financières et, donc, extra-juridiques, amène le juge à prendre en compte seulement l'efficacité d'une mesure législative¹¹⁴⁰. En effet, comme le souligne D. Ribes au sujet des juridictions constitutionnelles européennes, « *la limitation des ressources financières ne peut plus véritablement constituer aujourd'hui une justification au refus de mettre en œuvre le programme constitutionnel mais elle impose aux pouvoirs publics, sous le contrôle du juge constitutionnel, de déterminer les priorités d'action étatique en faveur des*

¹¹³⁶ Cons. const., décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, Rec. p. 540.

¹¹³⁷ MAZEAUD (P.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », *op. cit.* Cet aspect financier étant indéniable, il serait donc irréaliste de demander aux États d'assurer immédiatement la réalisation de l'ensemble des exigences que prévoient les normes constitutionnelles programmatiques. Pour autant, limités par la réserve du possible, les pouvoirs publics doivent tout de même s'attacher à mettre en œuvre ces normes « au maximum des ressources disponibles ». Exigence qui, si elle est posée par les juges constitutionnels, est aussi énoncée au niveau international. Ce qui lui assure un double niveau de garantie. En effet, selon le Comité onusien, le Pacte de 1966 assure le respect d'un contenu essentiel de chaque droit qui doit être garanti quelles que soient les ressources financières des États. Ainsi, « *Chaque État partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. Ainsi, un État partie dans lequel, par exemple, nombreuses sont les personnes qui manquent de l'essentiel, qu'il s'agisse de nourriture, de soins de santé primaires, de logement ou d'enseignement, est un État qui, à première vue, néglige les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte. Le Pacte serait largement dépourvu de sa raison d'être si de sa lecture ne ressortait pas cette obligation fondamentale minimum. De la même façon, il convient de noter que, pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources (...). Pour qu'un État partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum* ». CODESC, Observations générales n° 3, Nature des obligations des États parties, 14 décembre 1990.

¹¹³⁸ *Corte cost. sent.* n° 417 du 27 décembre 1996, *op. cit.*

¹¹³⁹ BIN (R.), *Diritti e argomenti...*, *op. cit.* p. 110.

¹¹⁴⁰ En ce sens, vérifier que l'objet de la norme a été atteint au meilleur coût, c'est contrôler l'efficacité de la norme. Or, l'effectivité implique « *la comparaison entre un modèle normatif de comportement et les conduites réelles de ses destinataires, c'est-à-dire l'étude de la correspondance entre les règles du droit et les comportements* ». COMMAILLES (J.), *op. cit.*, p. 583.

personnes les plus désavantagées ou vulnérables »¹¹⁴¹. Autrement dit, à travers la détermination de ces « priorités », on peut donc voir la nécessité de « mesurer l'efficacité des règles de droit, principalement en termes de coûts »¹¹⁴².

La « programmaticité » de la norme constitutionnelle justifie donc la « progressivité » de sa concrétisation. Cette progressivité manifeste le *self restraint* observé par les juges constitutionnels français et italien lorsque ces derniers sont amenés à apprécier la constitutionnalité des lois mettant en œuvre ces programmes constitutionnels.

B – La progressivité manifestant le self restraint des juges constitutionnels

Contraint par la nécessité de préserver les disponibilités financières de l'État, mais aussi par le pouvoir discrétionnaire du législateur, le juge constitutionnel observe une certaine réserve en adoptant une attitude que les anglo-saxons dénommeraient de *self restraint*. Ce *self restraint* correspond en quelque sorte au corollaire de la reconnaissance des exigences financières devant être observées pour concrétiser les normes constitutionnelles programmatiques. À cet égard, consciente de l'effet négatif de ses décisions sur le budget de l'État, la Cour constitutionnelle italienne, identifiée par le ministre du Trésor G. Karl à « une puissante machine d'accroissement de la dette publique », se défend en précisant que c'est justement à cause de cela qu'elle exerce, dès qu'elle le peut, un « *self restraint rigoureux* »¹¹⁴³.

C'est ici la question visée par le doyen J.-C. Escarras de savoir si le contrôle de constitutionnalité devait « être effectué seulement par référence à l'acte législatif in se »¹¹⁴⁴, ou bien s'il devait être « étendu jusqu'à la prise en compte des effets qu'il produit dans sa signification réelle, c'est-à-dire dans la réalité sociale »¹¹⁴⁵. Or, la progressivité inhérente aux disponibilités financières conduit le juge constitutionnel à légitimer les mesures législatives de concrétisation. En raisonnant de la sorte, les juges constitutionnels italien et français répondent favorablement à la seconde alternative, prenant en considération les incidences factuelles des dispositifs législatifs de concrétisation. Pour la Cour constitutionnelle italienne, le contrôle qu'elle opère sur les lois tient compte de la réalité. En ce sens, il « est porteur d'un côté, d'une faveur particulière pour le

¹¹⁴¹ RIBES (D.), *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁴² GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd, 1994, p. 83 cité in ROUVILLOIS (F.), « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, p. 5, www.fondapol.org.

¹¹⁴³ Cité in BAUDREZ (M.), *La vie de la Cour en 1990*, *AJJC*, 1990, p. 802.

¹¹⁴⁴ ESCARRAS (J.-C.), « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle », *AJJC*, II, 1986, p. 21 et s.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

caractère opératoire des lois et, de l'autre, du postulat selon lequel leur conformité à la Constitution est vérifiée dans leur impact social, c'est-à-dire dans leur incidence concrète sur les intérêts réels »¹¹⁴⁶. De même, le Conseil constitutionnel est influencé par les impacts extra-juridiques que pourraient avoir ses décisions. Il se garde d'une appréciation qui « pourrait conduire à méconnaître la richesse du raisonnement juridique qui ne procède pas seulement par usage d'une règle de hiérarchisation entre règles en présence. Le juge constitutionnel [...] tient compte dans la pesée des arguments juridiques de données nombreuses et de situations concrètes. La hiérarchie établie dans telle situation risque d'être relative aux données de l'espèce »¹¹⁴⁷. C'est pourquoi, la considération des contraintes financières est critiquée car ces contraintes peuvent paraître comme des arguments favorables à la loi qui bénéficie alors d'une sorte de présomption de légitimité. En observant ce *self restraint*, les juges constitutionnels contribuent à la progressivité de la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques car ils valident ainsi la manière graduelle avec laquelle le législateur les concrétise.

En outre, la Cour constitutionnelle italienne manifeste une autolimitation lorsque, pour justifier certains choix du législateur, elle déclare des lois conformes à la Constitution en supposant simplement que les dispositions soumises à son contrôle étaient « probablement » constitutionnelles. Il en est de même lorsqu'elle apprécie l'atteinte à la norme constitutionnelle programmatique non pas au regard de la disposition législative mise en cause, mais à la lumière de l'ensemble des lois poursuivant ce programme. Pour ne pas sanctionner le législateur, la Cour s'est en effet contentée de présumer que les dispositions mises en cause « ont probablement tenu compte des disponibilités financières réelles des différents régimes de protection sociale et de l'exigence d'un développement progressif du système qui en garantit le financement »¹¹⁴⁸. Le *self restraint* de la Cour est, ici, une fois de plus justifié par la préservation de l'équilibre budgétaire et du pouvoir législatif, si bien que « l'utilisation de ces arguments, en vue d'éviter la déclaration d'inconstitutionnalité de normes non pleinement conformes à la Constitution, est ce qui, face à la Cour constitutionnelle, caractérise les normes programmatiques »¹¹⁴⁹.

La Cour constitutionnelle a, en effet, pu justifier pour ces raisons certaines limitations discrétionnaires des prestations prévues par les normes constitutionnelles programmatiques. Dans ce cas, le juge présume que les choix opérés par le législateur sont légitimes. Ce qui soulève la question de savoir si la Cour, « en promulguant des "arrêts d'inadmissibilité" avec de telles argumentations, peut réussir, en tant qu'institution agissant en pleine crise de l'État social, à

¹¹⁴⁶ Corte cost., sent. n° 406 du 6 juillet 1989, *Giur. cost.*, p. 1831.

¹¹⁴⁷ CHEROT (J.-Y.), débat, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 71.

¹¹⁴⁸ Corte cost., sent. n° 31 du 5 février 1986, *Giur. cost.*, p. 164.

¹¹⁴⁹ ZAGREBELSKY (G.), *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 130.

garantir le caractère effectif des principes constitutionnels qui sont à la base du système de protection sociale »¹¹⁵⁰. Le *self restraint* qu'elle observe contribue d'autant plus à la progressivité de la concrétisation de ces normes que la Cour « préfère » parfois clairement sauver la disposition législative mise en cause plutôt que la déclarer inconstitutionnelle, alors même que cette disposition est insuffisante pour permettre la réalisation du programme constitutionnel. Elle a ainsi considéré que « le pouvoir d'appréciation discrétionnaire tendant à donner application à ces principes, fut-ce de manière graduelle, suffit à exclure l'inconstitutionnalité d'une disposition qui ne réalise pas totalement mais seulement en partie l'objectif indiqué au législateur »¹¹⁵¹ pour atteindre le but fixé par les normes constitutionnelles programmatiques. La mise en œuvre de ces dernières s'inscrit en effet dans une politique publique constituée par une pluralité de mesures législatives. La Cour constitutionnelle considère donc l'état de la législation dans son entier pour apprécier si un programme constitutionnel est mis en cause. En ce sens, dans sa décision n° 234 de 2008, elle exclut qu'un délai abrégé par rapport à celui relevant du régime général et accordé pour réclamer le versement des pensions de retraite puisse donner lieu, *en soi*, à une déclaration d'inconstitutionnalité¹¹⁵². La Cour précise que les différents régimes de retraite doivent être appréciés dans leur ensemble, et non en faisant seulement référence à des aspects particuliers.

Le constat est sensiblement le même en France où le Conseil constitutionnel fait, lui aussi, montre d'un *self restraint* quant à la protection des normes constitutionnelles programmatiques. Cette autolimitation observée par le juge constitutionnel témoigne d'une place inférieure tenue par cette catégorie de normes dans une hiérarchie matérielle. S. Rials en déduit une « *inégalité matérielle* »¹¹⁵³ au sein de la Constitution. En ce sens, ces normes programmatiques « *constituent aujourd'hui beaucoup plus le fondement de réserves d'interprétation que de censures* »¹¹⁵⁴. C'est notamment le cas lorsque le juge constitutionnel écarte le grief invoqué tiré de la méconnaissance d'une de ces normes à condition que certaines réserves soient respectées. Il en est ainsi lorsque, faisant primer l'exigence d'équilibre des finances sur la norme constitutionnelle programmatique relative au droit à la protection de la santé, le juge précise que la disposition mise en cause est constitutionnelle sous réserve du fait « (...) *qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire de prévoir les modalités d'une information précise de l'ensemble des assurés sociaux quant aux principes généraux du nouveau système de remboursement des médicaments et quant à la*

¹¹⁵⁰ D'OGHIA (M.), *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁵¹ *Corte cost., sent.* n° 144 de 1964, *Giur. Cost.*, p. 1163 ; *Corte cost., sent.* n° 97 de 1970, *Giur. Cost.*, p. 1150 ; *Corte cost., sent.* n° 58 de 1973, *Giur. Cost.*, p. 768.

¹¹⁵² *Corte cost., sent.* n° 234 du 27 juin 2008, *Giur. cost.*, p. 2603.

¹¹⁵³ RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^{ème} République », *RDP*, 1984, p. 602.

¹¹⁵⁴ DE MONTALIVET (P.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 542. Sur les réserves d'interprétation, voir notamment DI MANNO (TH.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives...*, *op. cit.*

possibilité de se faire prescrire ou délivrer un médicament dont le prix soit égal à la base de remboursement ou le plus voisin de celle-ci ; qu'il revient en outre aux autorités administratives compétentes d'accompagner la mise en œuvre du nouveau système de remboursement par des actions de formation des professionnels de santé à l'usage des spécialités génériques, de contribuer à l'élaboration de "bonnes pratiques" en ce qui concerne la prescription de médicaments génériques par les médecins, ainsi que d'encourager l'exercice par les pharmaciens du pouvoir de substitution qu'ils détiennent en vertu de l'article L. 5125-23 du code de la santé publique ; (...) qu'il appartiendra aux auteurs de l'arrêté prévu par le deuxième alinéa de l'article L. 162-16 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi déferée, de fixer le tarif forfaitaire de responsabilité de telle sorte que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé » ; (...) que, sous ces réserves, les dispositions de l'article 43 de la loi déferée ne sont pas contraires à la Constitution »¹¹⁵⁵.

En outre, tout comme son homologue italien, le juge constitutionnel français s'autolimité en faisant référence à l'état de la législation en vigueur pour valider une loi. Il en est ainsi par exemple de la décision n° 93-330 DC par laquelle le Conseil constitutionnel rejette le moyen invoqué à l'encontre d'une disposition législative qui, pour certaines demandes d'allocation déposées à partir du 1^{er} janvier 1994, en exclut l'attribution aux adultes handicapés lorsque leur taux d'incapacité permanente est inférieur à un pourcentage fixé par décret. En l'espèce, les requérants invoquaient expressément l'atteinte à la norme programmatique tirée de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 relatif au droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. Mais le juge rejette ce moyen en considérant « qu'au regard de l'état de la législation en vigueur, la modification analysée ci-dessus des modalités d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés n'est pas de nature à mettre en cause le principe à valeur constitutionnelle précité ». L'absence de sanction est alors justifiée par des considérations extérieures à la disposition législative litigieuse, tenant au fait que « les exigences du Préambule de 1946 en matière sociale, compte tenu de leur généralité, sont mises en œuvre non par une législation isolée, mais par un ensemble de législations et de politiques publiques »¹¹⁵⁶. Le juge prend donc en compte le fait que le législateur donne graduellement application aux normes constitutionnelles programmatiques, la concrétisation de ces normes passant par plusieurs mesures législatives. Si bien qu'en appréciant l'état de la législation dans son ensemble pour valider la

¹¹⁵⁵ Cons. const., décision n° 2002-463 DC précité.

¹¹⁵⁶ SCHOETTL (J.-E.), note sous Cons. const., décision n° 97- 393 DC du 18 décembre 1997, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 131, cité in GAY (L.), *Les droits créances... op. cit.*, p. 271.

disposition législative mise en cause, le Conseil constitutionnel affirme la « progressivité » qui s'applique à cette catégorie de normes et qui relativise nécessairement leur effectivité¹¹⁵⁷.

CONCLUSION DU CHAPITRE

La concrétisation ainsi que l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques restent conditionnées par les contingences qu'impose la réalité. D'une part, les juges constitutionnels français et italien refusent d'empiéter sur le pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le législateur pour mettre en œuvre ces normes. Celui-ci est non seulement libre de choisir les modalités et le moment de concrétiser un programme constitutionnel, mais ses initiatives sont le plus souvent à l'abri d'une censure exercée par le juge constitutionnel : seule « l'erreur manifeste d'appréciation » ou la « *manifesta irragionevolezza* » sont susceptibles de justifier une déclaration d'inconstitutionnalité ; or ces motifs sont peu souvent constatés par les juridictions constitutionnelles. D'autre part, si le législateur est libre de l'opportunité pour légiférer afin de mettre en œuvre ces normes, il peut aussi restreindre la teneur des garanties les concrétisant. Si bien que la concrétisation des programmes constitutionnels demeure inévitablement limitée. Il en est de même de leur effectivité, laquelle est intimement liée à des données d'ordre factuel inhérentes aux ressources financières de l'État qui imposent une certaine « progressivité » de l'accès aux garanties que prévoit ce type de normes constitutionnelles. Cette « gradualité » apparaît comme le corollaire de leur caractère programmatique. Elle se manifeste par le *self restraint* des juges constitutionnels qui, de cette manière, limitent la portée des normes constitutionnelles programmatiques au bénéfice de l'équilibre financier de l'État.

Les juridictions constitutionnelles créent donc, à partir d'éléments tirés de la réalité financière, des contraintes juridiques¹¹⁵⁸ qui devraient inciter le législateur à préserver l'état des finances

¹¹⁵⁷ Il convient aussi de préciser ici que l'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques est réduite lorsque le juge fait totalement abstraction du moyen pourtant invoqué et tiré de la méconnaissance d'une de ces normes. Ainsi, dans la décision n° 2003-486 DC, le juge occulte le moyen tiré de la méconnaissance du droit à la protection de la santé invoqué à l'encontre du déremboursement des certificats médicaux nécessaires à l'obtention d'une licence sportive. Cons. const., décision n° 2003-486 DC *op. cit.* Dans le même sens, dans la décision n° 2006-544 DC, le moyen tiré de la méconnaissance du droit à la protection de la santé, pourtant invoqué par les saisissants à l'encontre d'une disposition permettant au ministre de modifier par arrêté les effets de la convention nationale des médecins généralistes et spécialistes, est totalement ignoré. Cons. const., décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, Rec. p. 129. De même, le Conseil passe sous silence le moyen tiré de la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de protection des vieux travailleurs invoqué pour contester la constitutionnalité d'une disposition réduisant la déduction à l'impôt sur le revenu des personnes physiques des cotisations d'épargne retraite. Cons. const., décision n° 2003-489 DC *op. cit.* Dans ce cas, l'examen au fond de ce moyen est expressément rejeté par le juge qui se limite à vérifier si la disposition litigieuse constituait « *une rupture flagrante du principe d'égalité* » avant d'énoncer que « *les dispositions déferées ne portent atteinte à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle* ».

publiques lorsqu'il légifère pour réaliser un programme constitutionnel. Les juridictions constitutionnelles italienne et française peuvent en ce sens, au détriment de l'effectivité de ces normes programmatiques, faire usage de leur jurisprudence en tant que précédent afin de justifier d'autres décisions favorables à la préservation des finances publiques. Il s'agit là de contraintes que les juges constitutionnels font peser sur leurs décisions. Pour le dire autrement, il est question de « contexte contraignant »¹¹⁵⁹ à la source de jurisprudences ayant des « effets contraignants » et qui soulèvent véritablement « *de très lourdes problématiques sur les modalités de mise en œuvre des programmes constitutionnels et de concrétisation des droits fondamentaux* »¹¹⁶⁰. Pour ces raisons, à travers le concept de NCP, le droit paraît évoluer vers un droit négocié dont la mise en œuvre nécessite une constante évaluation des intérêts garantis, des possibilités contextuelles, de l'efficacité de la politique publique.

¹¹⁵⁸ Sur la notion de « contrainte juridique », voir *Théorie des contraintes juridiques*, sous la direction de M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczuk, Bruylant, LGDJ, Paris, 2005. La question des contraintes juridiques qui s'imposent à la Cour constitutionnelle italienne est abordée dans cet ouvrage par P. Pasquino in « Contraintes juridiques ? La Cour constitutionnelle italienne », p. 177 et s. L'auteur rend compte de la contrainte en tant qu' « élément du système politico-constitutionnel qui porte un acteur à choisir un comportement plutôt qu'un autre, en vue de voir réaliser son but ». Il s'agit pour lui « de comprendre pourquoi des acteurs qui pourraient faire, prétendument, n'importe quoi, ont un intérêt à s'auto-limiter, en prenant en compte les contraintes qui s'imposent à leur décision ». PASQUINO (P.), p. 177. V. Champeil-Desplats fait une approche des contraintes qui s'imposent au juge illustrée par l'arrêt Koné rendu par le Conseil d'Etat le 3 juillet 1996 in « L'arrêt Koné, produit et source de contraintes », p. 53 et s. Il n'est pas question ici du juge constitutionnel mais du juge administratif, toutefois le raisonnement de l'auteur étant de montrer le contexte contraignant au terme duquel le juge a rendu sa décision, cette différence n'a pas d'importance ici. Pour V. Champeil-Desplats, cette décision « peut être comme suit : - a) si le Conseil d'Etat veut parvenir à une position de principe (choix du but), à savoir sauvegarder les effets du principe selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique, - b) compte tenu de la configuration du système juridique (présence d'un engagement international) [...], - c) alors, il est conduit (contrainte quant aux moyens) à donner une signification de norme constitutionnelle à un principe d'origine législative ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁵⁹ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁶⁰ RIBES (D.), *op. cit.*, p. 104.

CONCLUSION DU TITRE 2

À la question de savoir quelle est la portée des normes constitutionnelles programmatiques, on ne peut manifestement apporter qu'une réponse nuancée. De manière immédiate en Italie, progressive en France, les juridictions constitutionnelles ont reconnu la normativité de ces programmes qui, à l'instar de toute norme constitutionnelle, produisent des effets juridiques négatifs en contentieux. Il est vrai que ces normes programmatiques ne peuvent pas toujours servir de fondement à l'abrogation d'une loi. Cependant, que ce soit en France ou en Italie, elles servent de fondement au contrôle de constitutionnalité exercé par les juges constitutionnels. Ce qui atteste de leur valeur normative, au moins dans le principe.

Toutefois, cette normativité reste limitée en pratique. Ce type de normes apparaît en ce sens comme une sorte de « réservoir de garanties » dont l'application concrète est dépendante des opportunités qui se présentent. C'est-à-dire que la portée des normes constitutionnelles programmatiques varie suivant les circonstances, puisque cette application reste conditionnée par les faits, par le degré de disponibilité des finances publiques ou encore par les conjonctures politiques.

Les juridictions constitutionnelles observent en effet un *self restraint* lorsqu'il leur est demandé de vérifier si une loi méconnaît une telle norme. Cette autolimitation pourrait même aller jusqu'à modifier substantiellement le concept de NCP. Rappelons-le, cette catégorie de normes a pour caractéristique d'indiquer au législateur les finalités à poursuivre. Or, au regard des décisions rendues par les juges constitutionnels, on pourrait penser que ce ne sont pas véritablement les fins prévues par ces normes qui importent, mais des intérêts autres. La formulation de ces programmes constitutionnels, ainsi que l'effort placé dans la protection de la compétence législative et des finances publiques – plutôt que dans la volonté de traduire ces programmes dans la réalité – pourraient, malheureusement, laisser penser que la formulation de ces normes est plus importante que la concrétisation des garanties qu'elles prévoient. Manifestement, la Cour constitutionnelle comme le Conseil constitutionnel ont effectivement tendance – notamment en admettant la restriction des garanties visées par les normes constitutionnelles programmatiques – à détourner ces dernières de leur objectif premier : de « normes guides », qui indiquent à la puissance publique une finalité à atteindre par des mesures de concrétisation, les juges constitutionnels en font des « normes sources ». C'est-à-dire, des normes utilisées en définitive pour légitimer une production normative, celle du législateur.

CONCLUSION GENERALE

« Avec l'avènement – non seulement dans les faits, mais aussi dans les idées, dans l'idéologie politique dominante – de l'interventionnisme de l'État-Providence, le droit est devenu ce qu'on pourrait appeler une technique opérationnelle ou encore une technique de gestion qui vise, non seulement à maintenir le bon ordre dans la Cité, mais aussi à promouvoir le développement économique et social optimum de la Cité et par là à diriger pratiquement l'ensemble des activités de ses membres ».

AMSELEK (P.), « L'évolution générale des techniques juridiques dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 279.

« *Classer, diviser, en groupes, en “types” : quoi de plus naturel dans l'activité intellectuelle ordinaire ?* »¹¹⁶¹. Ainsi en est-il du juriste qui, dans un souci de compréhension, cherche à clarifier les différents objets du droit. Cependant, pour répondre à la question « qu'est-ce qu'une norme constitutionnelle programmatique ? », il a fallu se rendre compte que ces normes particulières ne peuvent être catégorisées suivant les classifications traditionnellement adoptées en droit constitutionnel.

Il faut retenir, en effet, que le concept de NCP renvoie formellement à une multiplicité. Il est divers en ce sens qu'il correspond à plusieurs catégories normatives préalablement établies. La norme constitutionnelle programmatique est, en outre, d'un point de vue matériel cette fois, une « norme axiologique » marquée par l'incomplétude. Elle véhicule des valeurs et fixe un but que ses destinataires devront atteindre. Mais c'est surtout la fonction de ce concept qui lui donne son unité. Cette catégorie de normes forme d'abord la manifestation historique d'un moment constituant. En retranscrivant un discours dans lequel sont mêlées des idéologies diverses, elle a permis d'obtenir un consensus politique dans l'acte juridique constitutionnel. La norme constitutionnelle programmatique est aussi utile pour le régime constitutionnel, entendu comme

¹¹⁶¹ HAARSCHER (G.), « De l'usage légitime - et de quelques usages pervers - de la typologie des droits de l'Homme », BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, p. 25.

agencement d'institutions, ainsi qu'à la construction et au développement du droit lui-même. Elle permet en cela de prendre acte des principes énoncés au sein des Constitutions afin d'agencer le régime constitutionnel conformément à ces nouvelles exigences démocratiques. Néanmoins l'utilité de cette catégorie de normes ne se limite pas à cette fonction de stratégie politique, car elle permet aussi pleinement de poser une fonction structurelle : en ce sens, la norme constitutionnelle programmatique sert à la structure du système juridique, faisant du droit objectif une sorte de matrice aux nouveaux droits individuels.

Le concept de NCP est donc délicat à définir. Plus qu'une notion juridique, cette norme constitutionnelle programmatique s'apparente à une technique, ce que confirme sa fonction « utilitaire ». Elle établit une sorte de pont entre le droit et ce qui lui est extérieur : entre la règle et la société. Comme l'énonce J.-B. Auby, elle « *ne doit plus être considérée comme abritant des valeurs propres, ou en tous les cas des exigences particulières de constructions, mais [doit être traitée] comme une technique d'ingénierie sociale parmi d'autres. C'est ainsi que les textes juridiques deviennent l'instrument de la formulation des politiques publiques* »¹¹⁶².

En outre, cette technique en faisant partie intégrante du droit en affecte le langage. Celui-ci n'est plus la manifestation d'un certain « parler bref » cher à G. Vedel et qui signifie qu'« il est permis de faire quelque chose », qu'« il est interdit de faire ceci » ou bien qu'« il est obligatoire de faire cela ». La norme constitutionnelle programmatique inscrit un nouveau message dans le droit, moins précis, du type « fais en sorte que tes actes atteignent le but que je fixe ».

La norme programmatique s'apparente donc à une norme particulière ; mais à une norme juridique tout de même, bien que cette affirmation ne soit pas allée de soi immédiatement.

D'abord, parce que cette catégorie de normes à la formulation imprécise se manifeste autrement que par des commandements purs et simples. Leur « obligatorité » pouvait, en ce sens, être mise en doute. Ensuite, parce que, pour plusieurs raisons maintenant identifiées, leur message n'est pas systématiquement assorti d'une sanction. Or, classiquement, le droit est appréhendé comme un ensemble de règles qui présentent diverses caractéristiques comme celles d'être obligatoires et sanctionnées. Sous cet angle, toute règle de droit doit pouvoir être assortie d'une contrainte que manifeste la sanction juridique. Ce serait ainsi dans le caractère contraignant que se trouverait le critère de la règle de droit. Si bien que le droit étant fait de règles, la contrainte devrait être le critère du droit. Ce qui revient à dire que le droit serait nécessairement contraignant et donc

¹¹⁶² AUBY (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », *op. cit.*, p 159.

susceptible d'être sanctionné. Autrement dit, d'après cette approche traditionnelle, l'imprécision des programmes constitutionnels, leur prescription qui diffère du commandement classique ainsi que la difficulté rencontrée à ce qu'ils soient assortis d'une sanction, devraient éloigner cette catégorie de la sphère du droit, la privant de normativité.

Cependant, indépendamment de l'imprécision des énoncés qui les supportent – au-delà de leur formulation téléologique et de leur faible teneur prescriptive – les programmes constitutionnels sont bien normatifs.

Parler de normativité a impliqué, au préalable, une précision du sens à donner à celle-ci afin de s'entendre sur la teneur normative de ces programmes. Il est effectivement établi qu'au regard de son approche matérielle, la normativité ne peut être reconnue à cette catégorie. Dans ce cas, la normativité étant définie en fonction de la prescription de l'énoncé et celle-ci étant inhérente à la précision de ce dernier, l'imprécision de la formulation des programmes constitutionnels doit nécessairement nier tout caractère prescriptif. Si bien que, dépourvu de cet élément matériel, le programme constitutionnel ne peut être normatif. Toutefois, il est aussi convenu que la normativité peut être appréhendée de manières différentes, qui permettent de la reconnaître à cette catégorie.

Le doute a en effet été permis - et avec lui, l'abandon de la thèse selon laquelle les programmes constitutionnels seraient « quelque chose »¹¹⁶³ d'autre que du droit - en envisageant la conception fonctionnelle de la normativité. Sous cet angle, les programmes ne sont plus systématiquement exclus du droit. Cette approche rend compte, au contraire, d'un processus lié à la fonction de la norme et non plus à sa structure. Elle implique ainsi la possibilité d'une normativité plus ou moins forte.

Les critères apparents de la norme constitutionnelle programmatique que sont l'imprécision de son contenu, l'incertitude de sa force obligatoire et le caractère limité de ses effets, auraient aisément pu la desservir en la laissant en dehors du droit. Toutefois, dire que les programmes sont imprécis n'implique pas qu'ils ne soient pas déterminables. Nous savons, à ce titre, que les normes constitutionnelles programmatiques possèdent une fonction interprétative qui permet de déterminer une ligne de développement futur de l'ordonnement juridique. En outre, le fait que leur force obligatoire soit moins évidente que celle d'une règle de droit entendue au sens strict ne signifie pas que ces programmes ne sont pas respectés. Ces normes possèdent d'ailleurs une

¹¹⁶³ CRISAFULLI (V.), *La Costituzione... op. cit.*, p. 17.

fonction prescriptive en ce que, même si elles n'imposent pas un comportement aux individus – puisqu'elles ne s'appliquent en principe pas à une situation subjective – elles commandent néanmoins l'activité future du législateur qui les met en œuvre. Enfin, l'aspect contingent de leur sanction ne veut pas dire que les programmes constitutionnels sont sans effets. Sans forcément obliger impérativement, ils peuvent favoriser, encourager sans tomber pour autant dans une expression simplement déclaratoire. C'est une exhortation de « faire au mieux avec ce que l'on a » afin d'atteindre le but prévu par ces programmes. Les effets que ces derniers produisent sont par principe limités à l'autorité publique en amenant le législateur à « bien » légiférer pour les concrétiser. Le cas échéant, il a été démontré que les juges ont organisé la possibilité de sanctionner ce dernier.

Ainsi, même limités, il y a bien des effets juridiques. Par ailleurs, cette limitation n'est pas immuable, puisque ces effets que produisent les programmes constitutionnels sont susceptibles de s'amplifier en raison de leur codétermination par le juge et leurs destinataires¹¹⁶⁴ à mesure de leur application. Et quand bien même les effets produits par la norme constitutionnelle programmatique seraient nécessairement limités par les contraintes d'ordre factuel qui s'imposent, la « progressivité » de la concrétisation de ces normes est un gage de leur « prise au sérieux » par le juge : celui-ci fait ainsi preuve de réalisme en limitant les effets de ces normes au regard des disponibilités réelles et, par là même, il ne décrédibilise pas le message que véhiculent ces programmes.

Un pas de plus est franchi avec l'approche formelle de la normativité. Nous avons vu que celle-ci permet d'écarter définitivement tous les doutes qui pouvaient subsister dans l'esprit de ceux qui réfutaient l'idée d'une graduation de la normativité. Suivant cette conception, la source de ces programmes est l'élément qui leur procure la normativité. Dans ces conditions, ces programmes sont normatifs car ils sont formellement constitutionnels.

¹¹⁶⁴ Pour reprendre les propos de G. Timsit, le droit est à la fois parole, écriture et silence. Il est « Parole », car « la loi est l'acte porteur de la volonté et des intentions de son auteur » qui en prédétermine la signification. Il est « Écriture » en tant que « texte offert à la lecture de ses destinataires » qui, le lisant, « vont contribuer à en déterminer — codéterminer — la signification par l'interprétation et l'exécution qu'ils en font ». Le droit est par conséquent autonome par rapport à son auteur, à son public initial et aux circonstances dans lesquelles il est produit. Il est enfin « Silence », car « le destinataire de la norme use donc des blancs ou des indéterminations du texte pour y loger, au moins partiellement, sa propre interprétation ». Celle-ci procède de la lecture du texte faite par le destinataire de la norme, lecture qui reste étroitement liée au contexte dans lequel elle opère. TIMSIT (G.), *Les noms de la loi*, PUF, collection « Les voies du droit », 1991 ; THIEBIERGE (C.), « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *op. cit.*, p. 613.

Au terme de l'analyse du concept de NCP, il reste à évoquer la question que l'on effleurait dans l'introduction tenant à savoir si cette catégorie normative peut correspondre aux droits fondamentaux. L'objet de notre étude portait sur l'identification du concept même de NCP et non sur le fait de savoir si une norme constitutionnelle programmatique pouvait correspondre à un droit fondamental. On sait que, comme le concept de NCP, celui de droit fondamental présente un haut degré d'indétermination. L'absence d'accord de la doctrine sur la signification à lui donner, l'ambiguïté qui touche ce type de droits en fait une « *catégorie hors normes* »¹¹⁶⁵ difficilement appréhendable.

La signification à attribuer aux droits fondamentaux diffère, en effet, suivant qu'on aborde ces droits de manière notamment axiologique, formelle ou encore structurelle. D'une part, le caractère fondamental de ces droits peut revêtir une signification axiologique. Dans ce cas, le droit exprime une valeur essentielle inhérente à « *l'homme en tant qu'il est homme* »¹¹⁶⁶. Liés de cette manière à l'universalité, les droits fondamentaux sont opposables à tous. Selon cette conception, le caractère fondamental d'un droit renvoie à une approche qui consiste à permettre la consécration juridique de droits jugés fondamentaux au regard de facteurs subjectifs liés au contexte historique, culturel ou social. Ces droits possèdent alors une fonction « *de principes directeurs de toute activité de l'Etat* »¹¹⁶⁷ qui orientent « *l'action de l'ensemble de ces organes* »¹¹⁶⁸ et imprègnent « *de leurs valeurs tout son ordre juridique* »¹¹⁶⁹. D'autre part, un droit peut être fondamental d'un point de vue formel lorsqu'il est consacré par le texte constitutionnel et qu'il est juridiquement garanti. Cette seconde approche n'exclut cependant pas la première car « *c'est parce que l'on estime que certains droits expriment des valeurs fondatrices de l'humanité que l'on exige leur reconnaissance et leur garantie par les normes les plus élevées de la hiérarchie d'un ordre juridique* »¹¹⁷⁰. La fondamentalité peut enfin être structurelle. Dans ce cas, les droits de caractère fondamental « structurent » l'ordre juridique. Ils doivent donc être énoncés de manière générale pour revêtir une dimension fondatrice : suivant cette conception, est fondamental le droit sur lequel se fondent les autres, indépendamment des valeurs qu'il exprime.

Dès lors, les différentes approches de la fondamentalité impliquent nécessairement une pluralité de réponses à la question « les normes constitutionnelles programmatiques peuvent-elles correspondre à des droits fondamentaux ? ». Étudiant la jurisprudence constitutionnelle allemande

¹¹⁶⁵ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁶⁶ GOGUEL (R.), « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *Cour constitutionnelle et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 236 et s.

¹¹⁶⁷ MALINVERNI (G.), « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Helbing et Lichtenahn, 1989, p. 542, cité in CARPANO (E.), *Etat de droit et droits européens*, L'Harmattan, 2005, p. 412.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « El derecho a la cultura como derecho fundamental », www.urjc.es, p. 8.

relative aux droits sociaux, c'est par exemple en adoptant la conception formelle de la fondamentalité que M. Fromont exclut la possibilité pour ce type de normes constitutionnelles programmatiques de correspondre aux droits fondamentaux. L'auteur rappelle d'une part, que la Loi fondamentale ne prévoit pas de droits fondamentaux à caractère social ; d'autre part, que ces derniers ne peuvent pas « *aisément faire l'objet d'une protection par le juge, qu'il soit le juge ordinaire ou le juge constitutionnel* »¹¹⁷¹. Non prévus par le Texte fondamental et dépourvus de protection juridictionnelle, les normes constitutionnelles programmatiques relatives aux droits sociaux ne peuvent par conséquent être revêtues de la fondamentalité formelle. Cependant, logique au regard de la conception formelle des droits fondamentaux, cette analyse ne peut pas être transposée en France ni en Italie. D'abord, parce que dans chacun de ces deux pays, la Constitution prévoit expressément des droits sociaux. Par ailleurs, parce que ces droits bénéficient de garanties juridictionnelles. Les juges constitutionnels italien et français prévoient en effet un seuil minimal de garantie de ces droits. En outre, si le législateur ne peut être contraint à mettre en œuvre une norme constitutionnelle programmatique ni d'organiser le régime de ces droits, il peut être sanctionné s'il ne réglemente pas correctement leur exercice. Enfin, le juge ordinaire peut lui aussi sanctionner une atteinte aux droits sociaux. Par conséquent, les conditions liées à l'inscription de la norme au plus haut degré de la hiérarchie d'un système juridique et au bénéfice de mécanismes de garanties spécifiques sont bien remplies ici. C'est pourquoi, selon le sens formel de la fondamentalité du moins, une réponse négative à la question précédemment posée ne peut être donnée ; les normes constitutionnelles programmatiques étant susceptibles de renvoyer aux droits fondamentaux.

Outre le fait de reconnaître clairement l'appartenance de ces programmes au droit, voire de leur correspondance avec les droits fondamentaux, cette approche a aussi démontré que la formulation programmatique des énoncés constitutionnels n'influe pas sur la possibilité de leur reconnaître valeur normative. Mais ces programmes étant *dans* le droit – et non en dehors de lui – la particularité de leur normativité, qui ne parle plus exactement le langage propre à l'interdiction ni celui de l'obligation, modifie donc de l'intérieur la teneur du droit. D'aucuns y voient une « crise du droit », mais encore faut-il la qualifier : cette crise pourrait manifester le déclin de ce dernier ou, de manière plus optimiste, elle pourrait exprimer son amélioration.

La conclusion serait plutôt pessimiste si les exigences prévues par ces normes constitutionnelles programmatiques restaient invariablement lettre morte. Or, ces dernières développent les mêmes effets juridiques positifs que toute autre norme constitutionnelle en permettant l'application de la

¹¹⁷¹ FROMONT (M.), *op. cit.*, p. 1060.

Constitution. Il est effectivement établi que, s'il ne peut être contraint d'agir, lorsqu'il intervient pour mettre en œuvre ces programmes, le législateur est toutefois obligé de « bien légiférer ». En outre, les normes constitutionnelles programmatiques peuvent servir de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité puisque le législateur ne doit pas les méconnaître. Seule la portée effective de ce type de normes est limitée par les contingences qu'impose la réalité. Il est par conséquent difficile d'adhérer à la thèse qui affirme que l'introduction de ces formules programmatiques dans le droit est condamnable au nom de la qualité de ce dernier, qui devrait, au contraire, rester composé de règles répondant aux exigences de précision, de prescriptivité et fixant des droits et des obligations.

Le droit a une fonction utilitaire élémentaire en ce sens qu'il assure le fonctionnement de la société¹¹⁷². Par conséquent, si le droit n'évolue pas avec cette dernière, un écart entre sa fonction et l'objet de celle-ci se crée nécessairement, et cela, justement au détriment de la qualité du droit. Dans ce contexte, la pénétration des programmes dans le droit apparaît comme un compromis : elle répond finalement à la difficulté pour la règle purement technique de convenir à l'état actuel de la société, ainsi qu'à la difficulté pour un énoncé général qui n'exprimerait que des valeurs ou des idéologies d'être appliqué.

¹¹⁷² GRAVESON (R.-H), « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 10, n° 3, Juillet-septembre 1958. p. 501 et s., spécialement p. 502. Pour l'auteur, « *Ce rôle tenant au maintien de la paix interne se trouve toujours au fond de l'organisation juridique de la société, quelles qu'en soient les fins secondaires comme l'égalité, le bonheur ou même la justice* ». *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

Les éléments de cette bibliographie sont classés par ordre alphabétique.

Les références multiples propres à un même auteur suivent un ordre chronologique.

Cette bibliographie ne prétend pas être exhaustive.

I - Ouvrages et thèses de droit français

Baumgartner (E.) et Menard (P.), *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, Paris, LGDJ, 2007.

Bonnel (G.), *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, Thèse, Limoges, 2005.

Borgetto (M.) et Lafore (R.), *La République sociale : contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, PUF, 2000.

Burdeau (G.), *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1961.

Burdeau (G.), *Traité de science politique*, Tome 4, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1969.

Burdeau (G.), *Traité de science politique*, Tome 3, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1973.

Burdeau (G.), *La Démocratie*, Seuil, Paris, 1978 (1^{ère} éd. 1966).

Chapus (R.), *droits administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. « Domat », 15^{ème} éd., 2001.

Chevallier (J.), *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 35, 2003.

Clapié (M.), *De la consécration des principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, Thèse, Lille 3, sous la direction de Autin (J.-L.), 1992.

Dabin (J.), *Le droit subjectif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, rééd. 2007, introduction de Ch. Atias.

De Bechillon (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

De Bechillon (M.), *Les principes généraux en droit privé*, sous la direction de Caudal (S.), PUAM, Economica, coll. Études juridiques, Paris, 1998.

De Montalivet (P.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris II, 2004, sous la direction de

- Verpeaux (M.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.
- Delcamp (N.), *Transition démocratique d'un pays : quelques précisions théoriques*, Irenees, 2005.
- Dewey (J.), *Le public et ses problèmes*, Folio essais, Gallimard, Paris, 2010.
- Dworkin (R.), *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll. « Leviathan », 1995.
- Eisenmann (Ch.), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2^{ème} éd., Panthéon Assas, Paris, 2002.
- Fatin-Rouge Stéfanini (M.), (sous la direction de), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- Faure (B.), (sous la direction de), *Les objectifs dans le droit*, colloque des 25 et 26 septembre 2009, organisé par le CEJLR, Dalloz, Paris, coll. « Thèmes & commentaires », 2010.
- Favoreu (L.), 3Gaïa (P.), Ghevontian (R.) et autres, *Droit des libertés fondamentales*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007.
- Favoreu (L.) et alii, *Droit constitutionnel*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2005.
- Ferry (L.) et Renaut (A.), *Philosophie politique*, Paris, PUF, 2007.
- Gay (L.), *Les « droits créances » constitutionnels*, Thèse, Aix-Marseille, sous la direction de L. Favoreu, 2001, Bruylant, 2008, collection « Droit public comparé et européen ».
- Genieys (W.), *L'émergence d'élite(s) programmatique(s) face à la mutation de l'État français*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelone, 2007.
- Groulier (C.), *Norme permissive en droit public*, Thèse, Limoges, sous la direction de Gourdou (J.), 2006.
- Guena (Y.), *Ecrits et discours*, Tome III, 1997/2007, Périgueux, La Lauze, 2008.
- Gurvitch (G.), *L'idée de droit social*, Sirey, 1932.
- Hâeberle (P.), *L'État constitutionnel*, texte traduit par Roffi (M.), Aix-en-Provence, Paris, PUAM, Economica, 2004.
- Hamon (H.) et Troper (M.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 29^{ème} éd., 2005.
- Hayek (F.), *Droit Législation et Liberté*, Tome I, Paris, PUF, 1980.
- Henry-Menguy (B.), *L'obligation de légiférer en France : la sanction de l'omission législative par le Conseil constitutionnel*, Thèse, Toulouse, sous la direction de Rousillon (H.), 2008.
- Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., traduction Eisenmann (Ch.), LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999.
- Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2006.
- Luchaire (F.), Conac (G.) et Prétot (X.), *La Constitution de la République française. Analyses et*

commentaires, 3^{ème} éd., Economica, 2009.

Luchaire (F.), *Le Conseil constitutionnel, Tome II. Jurisprudence. Première partie : L'individu*, Economica, 2^e éd., 1998.

Marinese (V.), *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Étude sur les qualités de la loi*, Thèse, sous la direction de Carcassone (G.), Paris-Nanterre, 2007.

Mathieu (B.), *La loi*, collection « Connaissance du droit », 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004.

Mathieu (B.), Verpeaux (M.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Dalloz, 1988.

Mathieu (B.), Verpeaux (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

Merland (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 121, LGDJ, 2004.

Meunier (J.), préface de Troper (M.), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Thèse, Rouen, sous la direction de Troper (M.), 1991, LGDJ, Montchrestien, coll. « La pensée juridique moderne », 1994.

Morand (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1999.

Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », 1999.

Ogier-Bernaud (V.), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Thèse, Aix-en-Provence, sous la direction de Favoreu (L.), 2001, PUAM, Economica, 2003.

Peces-Barba Martinez (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004.

Picoche (J.), *Dictionnaire étymologique du français*, Poche, coll. « Les usuels », éd. 2009.

Rigaux (M.-R.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruxelles, 1985.

Ripert (G.), *Le déclin du droit. Étude de la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.

Rivero (J.) et Moutouh (H.), *Liberté publiques, Tome 1, Les droits de l'homme*, PUF, coll. « Thémis », 9^{ème} éd., 2003.

Rousseau (D.), *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, coll. « Droit », 1997.

Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2001.

Sales (E.), *Le droit au logement dans la jurisprudence française: étude comparée des jurisprudences constitutionnelle administrative et judiciaire*, Thèse, Montpellier I, 2001, sous la direction de Rousseau (D.), Anrt, coll. « Thèse à la carte », 2002.

Severino (C.), *La doctrine du droit vivant*, Thèse, Aix-Marseille, 2001, sous la direction de

Favoreu (L.) et de Pizzorusso (A.), PUAM, *Economica*, coll. « Droit public positif », 2003.

Thibierge (C.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.

Tremeau (J.), *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Thèse, Aix-Marseille, 1994, sous la direction de Favoreu (L.), Paris-Aix-en-Provence *Economica*, PUAM, coll. « Droit public positif », 1997.

Troper (M.), Champeil-Desplats (V.) et Grzegorzczuk (C.) (sous la direction de), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2005.

Tusseau (G.), *Les normes d'habilitation*, Thèse, Paris-Nanterre, sous la direction de Troper (M.), 2004, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006.

Viala (A.), *Le réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, 1998, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », préface de Rousseau (D.), 1999.

Vidal-Naquet (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris, 2004, sous la direction de Verpeaux (M.), Paris, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2007.

II Ouvrages et thèses de droit comparé, de droit étranger et de droit européen

Alexy (R.), *A theory of Constitutional Rights*, trad. de l'allemand par Rivers (J.), Oxford, Oxford University Press, 2002.

Apostoli (A.), *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milan, Giuffrè, 2005.

Barthe (C.), *La mise en évidence de la règle de droit par le juge international. Essai sur la fonction heuristique*. Thèse, Toulouse I, 2001.

Bartole (S.), *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004.

Bassanelli (C.), *La salute come diritto fondamentale e interesse collettivo*, Université de Rome, 2007, voir www.tesonline.it.

Baudrez (M.), *Les actes législatifs du gouvernement en Italie. Contribution à l'étude de la loi en droit constitutionnel italien*, PUAM, *Economica*, 1994.

Bifulco (R.), D'Aloia (A.), (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Actes du congrès tenu à Prame en novembre 2007, Napoli, Jovene, 2008.

Bin (R.), *Atti normativi e norme programmatiche*, Milan, Giuffrè, 1988.

Bin (R.), *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1992.

- Bobbio (N.), *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990.
- Bobbio (N.), *Le future de la démocratie*, Paris, Seuil, 2007.
- Bon (P.), *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, 1989.
- Bottari (C.), *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milan, Giuffrè, 1991.
- Boumghar (M.), *Une approche de la notion de principe dans le système de la convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Paris II, 2006.
- Butt (M.-E.), Kübert (J.) et Schultz (C.-A.), *Les droits sociaux fondamentaux en Europe*, Ed. Parlement européen, 1999.
- Calamandrei (P.), *Lezioni di diritto costituzionale*, Rome, Ed. Il foro italiano, 1984.
- Calamandrei (P.), *La Costituzione e la leggi per attuarla, Consiglio Nazionale Forense, I discorsi dell'avvocatura*, Giuffrè, Milan, 2000.
- Camerlengo (Q.), *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2002.
- Cappelletti (M.), *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee : studi di diritto giudiziario comparato*, Bologne, Il Mulino, 1994.
- Caretti (P.), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 2^{ème} éd., Giappichelli, Turin, 2005.
- Carullo, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milan, Giuffrè, 1959.
- Cavino (M.), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordonamenti di diritto legislativo*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 2009.
- Chainais (C.), *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Préface Guinchard (S.), 2007.
- CODESC, Observations générales n° 3, Nature des obligations des États partie, 14 décembre 1990, http://www.aidh.org/ONU_GE/Comite_Drteco/Images/Protocole-Desc.pdf.
- Dupuy (R. J.), *Droit déclaratoire et droit programmatore, de la coutume sauvage à la « soft law »*, l'élaboration du droit international public, Paris, Pédaone, 1975.
- Crisafulli (V.), *Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan Giuffrè, 1952.
- Crisafulli (V.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984
- Crisafulli (V.), *Stato, popolo, governo : illusioni e delusione costituzionali*, Milan, giuffrè, 1985.
- Crisafulli (V.), *Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II, « L'ordinamento costituzionale italiano. Tomo I (Le fonti normative)*, Padoue, CEDAM, 1993.
- D'Andrea (L.), *Dizionario di diritto pubblico*, (sous la direction de) Cassese (S.), Vol. III, Milan, 2006.
- Delmas-Marty (D.), Muir-Watt (H.), Ruiz-Fabri (H.), *Variations autour d'un droit commun*.

Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2002.

Deroubaix (J.-C.), *Les déclarations gouvernementales en Belgique (1944-1992). Etude de lexicométrie politique*, Thèse, sous la direction de Salem (A.), Paris III, 1996.

De Vergottini (G.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne. Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

Di Manno (Th.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, PUAM, Economica, Préface Favoreu (L.), 1997.

Di Somma (C.), *I livelli essenziali delle prestazioni nell'art. 117, comma 2° lett.m) della Costituzione in relazione al diritto alla salute*, Thèse, sous la direction de Tesaurò (P.), Naples, 2008.

Dony (M.), *Droit de l'Union européenne*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2008.

Eisenmann (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, PUAM, Economica, 1986.

Elie (M.-P.), *L'environnement dans la jurisprudence de la Cour italienne*, Thèse, Toulon, sous la direction de Gounelle (M.), 2003.

Escarras (J.-C.), *La Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève. Etude de jurisprudence*, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 1988.

Esmein (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6^{ème} éd., 1914, rééd. Editions Panthéon-Assas, 2001.

Ferrajoli (L.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, sous la direction de Vitale (E.), Bari Rome, Laterza, 2002.

Foro (P.), *Les transitions italiennes : de Mussolini à Berlusconi*, L'Harmattan, coll. « Le monde en transition », 2004.

Fromont (M.), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996.

Gallo (P.), *Introduzione al diritto comparato*, vol.II, *Istituti giuridici comparati*, Turin, 2^{ème} éd., Giappichelli, 2003.

Gaslini (M.), *Sulla « struttura » degli enunciati costituzionali*, Milan, Giuffrè, 2002.

Giocoli Nacci (P.), *L'anti-Montesquieu (tramonto del principio della distinzione delle funzioni)*, Cacucci, Bari, 1989.

Giudicelli (J.), *La Cour constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, thèse, Toulon, sous la direction de Baudrez (M.) et Di Manno (Th.), 2002.

Glazel (L.-P.), *La forza normativa del tipo : pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Quodlibet studio, Macerata, 2006.

Groppi (T.), *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 1997.

- Guastini (R.), *Il giudice e la legge, Lezione di diritto costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1995.
- Guastini (R.), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffrè, 2004.
- Guastini (R.), *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2^{ème} éd., Turin, Giappichelli, 2006.
- Guastini (R.), *Leçon de théorie constitutionnelle*, traduction de Champeil-Desplats (V.), Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010.
- Guiglia (G.), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Thèse, Vérone, CEDAM, Padova, 2007.
- Häberle (P.), *Le liberta fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, 1993.
- Habermas (J.), *Fatti e norme*, L. Ceppa, Milan, Guerini, 1996.
- Jouanjan (O.), *Les figures de l'État de droit : le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, PU de Strasbourg, 2001.
- Lillo (P.), *Diritto fondamentali e libertà della persona*, Giappichelli, Torino, 2001.
- Lyrío Pimenta (P.-R.), *Eficacia e aplicabilidade das normas constitucionales programaticas*, Sao Paulo, Max Limonad, 1999.
- Mazziotti di Celso (M.), *Lezioni di diritto costituzionale*, Tome 1, 2^{ème} éd., Giuffrè, Milan, 1993.
- Modugno (F.), *La ragionevolezza della giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2007.
- Morrone (A.), *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milan, 2001.
- Neves (M.), *A constitucionalização simbólica*, Sao Paulo, Academica, 1994.
- Pardini (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, préface de Zagrebelsky (G.), Thèse, Toulon, sous la direction de Favoreur (L.), 1999, Aix-en-Provence, PUAM, Economica, coll. « Droit public positif », 2001.
- Persiani (M.), *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padoue, 1960.
- Pizzorusso (A.), *Lezioni di diritto costituzionale*, 3^{ème} éd., Rome, éd. Il foro italiano, 1984.
- Ponthoreau (M.-C.), *La reconnaissance des droits non écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1994.
- Rapport scientifique, *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Recherche dirigée par Roman (D.), CREDOF, Paris, Nanterre, novembre 2010.
- Sacco (R.), *La comparazione giuridica al servizio della conoscenza del diritto*, Paris, Economica, Coll. « Etudes juridiques comparatives », 1991.
- Sacco (R.) et Gambaro (A.), *Sistemi giuridici comparati, Trattato di diritto comparato*, Turin, UTET, 1996.
- Schmitt (N.), *L'émergence du régionalisme coopératif en Europe : identité régionale et*

construction européenne, Ed. universitaires Fribourg Suisse, 2002.

Sirimarco (M.), *Veio Crisafulli. Ai confini fra diritto e politica*, L'ircocervo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

Spadaro. (A), *Contributo per una teoria della costituzione, I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milan, Griuffrè, 1994.

Vaccari (G.), *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale. Il caso del diritto alla salute*, thèse, sous la direction de Bin (R.), Università degli studi di Ferrara, 2008.

Valenti (V.), *I principi costituzionali in materia previdenziale e la loro dimensione intertemporale*, Thèse, sous la direction de Barbera (A.), Bologne, 2009.

Van Drooghenbroeck (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*. Préface Ost (F.) et Tulkens (F.), Thèse, Saint Louis, 2001, Bruylant, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

Zagrebelsky (G.), *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, vol 1, Turin, 1984.

Zagrebelsky (G.), *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2^{ème} éd., 1988.

Zagrebelsky (G.), *Manuale diritto costituzionale, Il sistema delle fonti del diritto*, vol. I, Turin, 1990.

Zagrebelsky (G.), *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turin, Einaudi, 1992, trad. française de Leroy (M.), *Le droit en douceur*, Paris-Aix-en-Provence, PUAM Economica, 2000.

III - Études, articles et autres interventions de droit français

Adam (A.), « Sur les valeurs constitutionnelles », *Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de P. Gelard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 3 et s.

Agostibi (E.), « La circulation des modèles juridiques », *RID comp.*, 1990, Vol. 42, n° 2, p. 461 et s.

Aguila (Y.), « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, 1995, n° 21, p. 13 et s.

Aguila (Y.), « La Charte de l'environnement devant le Conseil d'État. Invalidation du décret Grands lacs de montagne », *Droit de l'environnement*, 2008, n° 162, p. 19 et s.

Amsselek (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 129.

Auby (J.-B.), « Prescription juridique et production juridique », in Chazel (F.) et Commaille (J.) (sous la direction de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 159 et s.

Auby (J.-M.), « L'abrogation des actes administratifs », *AJDA*, 1967, n° 3, p. 131 et s.

Badinter (R.), « Introduction », *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, ILF-GERJC, PUAM, 2009, p. 11 et s.

Benetti (J.), « La question prioritaire de constitutionnalité. La genèse de la réforme. De 1990 à 2009 », *AJDA*, 2010, n° 2, p. 74 et s.

Berlia (G.), « L'évolution constitutionnelle française depuis 1944 », *Droit public et international : études et réflexions*, LGDJ, Paris, 1980, p. 59 et s.

Bernaud (V.), « Les droits constitutionnels des travailleurs au cœur de l'évolution du contrôle de constitutionnalité du Conseil d'État », *Mélanges en l'honneur de L. Favoreux, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1487 et s.

Bockel (A.), « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », *Itinéraires. Études en l'honneur de L. Hamon*, Paris, Economica, coll. « Politique comparée », 1982, p. 43 et s.

Bofa (R.), « La force normative des directives non transposées », *La force normative. Naissance d'un concept*, (sous la direction de) Tibierge (C.), LGDJ, 2009, p. 323 et s.

Bon (P.), « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *RFDA*, 2009, p. 1107 et s.

Boulangier (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, Tome I, p. 51 et s.

Brisson (J.-F.), « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », *Les objectifs dans le droit*, sous la direction de Faure (B.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 37 et s.

Burgorgue-Larsen (L.), « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61§1 de la Constitution », *RFDA*, 2009, n° 4, p. 787 et s.

Caillose (J.), « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'“objectifs” », *Les objectifs dans le droit*, sous la direction de Faure (B.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 14 et s.

Canivet (G.) et Molfessis (NN.), « La politique jurisprudentielle », *Mélanges J. Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2006, p. 79 et s.

Capitant (D.), « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges Michel Fromont*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 127 et s.

Carbonnier (J.), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, p. 13 et s.

Carcassonne (G.), « Société de droit contre Etat de droit », *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 37 et s.

Carcassonne (G.), « Penser la loi », *Revue Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 39 et s.

Carpentier (E.), « Quelle est la valeur juridique de la Charte de l'environnement ? », note sur CE Ass. 3 octobre 2008, *Bull. de jurisprudence. Droit de l'urbanisme*, 2008, n° 4, p. 244 et s.

- Carpentier (E.), « Le juge administratif et la Charte constitutionnelle de l'environnement », *RDP*, 2009, n° 2, p. 450 et s.
- Cassia (P.), « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité », *RFDA*, 2008, n° 5, p. 877 et s.
- Chaix (C.-C.), « La question préjudicielle de constitutionnalité : fin heureuse d'une exception française ? », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 489 et s.
- Champeil-Desplats (V.), « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur M. Troper*, Economica, 2006, p. 267 et s.
- Chauvaux (D.), « L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009 : réflexions sur un retard », *RDP*, 2009, n° 3, p. 566 et s.
- Cherot (J.-Y.), débat, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence », colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 71 et s.
- Chérot (J.-Y.), « L'effet direct de la Constitution dans les rapports entre particuliers, Essai de théorie juridique », in Premier Congrès français de droit constitutionnel, Strasbourg, 1990, p. 13 et s.
- Chevallier (J.), note sous CE, Ass., 28 janvier 1972, *JCP.G*, 1973, vol.1, II, p. 17296 et s.
- Chevallier (J.), « Essai d'analyse structurale du Préambule », *Le préambule de la Constitution de 1946*, CURAPP, 1996, PUF, p. 16 et s.
- Chevallier (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, p. 659 et s.
- Chevalier (J.), « Science du droit et science de la politique, de l'opposition à la complémentarité », <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/29/chevallier2.pdf>
- Chevallier (J.), « La normativité, Études et doctrines », *CCC*, 2006, n° 21.
- Ciaudo (A.), « Les exigences constitutionnelles dans le jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RRJ*, n° 3, 2010, p. 1225 et s.
- Clapié (M.), « Le Conseil d'État et le Préambule de la Constitution de 1946 », *RA*, n° 297, mai juin 1997, p. 278 et s.
- Cohen (D.), « Le droit à... », *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, PUF, 1999, p. 393 et s.
- Cohendet (M.-A.) et Hutten (N.), « La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal », *Rev. Jur. Env.*, 3/2007, p. 288 et s.
- Commaille (J.), « De la "sociologie juridique" à une sociologie politique du droit », in Commaille (J.), Dumoulin (L.) et Robert (C.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2000, p. 29 et s.
- Couvert-Castéra (O.), note sous CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *AJDA*, 1998, p. 450 et s.

Crouzatier-Durand (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative. (À propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *RFDC*, 2003-4, n° 56, p. 675 et s.

Cubertafond (B.), « Crise positiviste et renouveau sociologique du droit constitutionnel (d'autres droits constitutionnels) », *Politeia*, n° 7, 2005, p. 623 et s.

Dardalhon (L.), « Droit constitutionnel et droits social », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 755 et s.

Debene (M.), « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *AJDA*, novembre 1978, p. 531 et s.

De Clausade (J.), conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État, *JCP éd. générale*, n° 12 du 22 mars 2006, dans *La qualité de la loi, Les documents de travail du Sénat. Série études juridiques*, septembre 2007, p. 7 et s.

De Montalivet (P.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *CCC*, n° 20, 2006, p. 169 et s.

De Villiers (M.), « La jurisprudence de "l'état de la législation antérieure" », *AJDA*, 1980, n° 7-8, p. 387 et s.

Debene (M.), « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *AJDA*, novembre 1978, p. 531 et s.

Delvolvé (P.), « La notion de directive », *AJDA*, octobre 1974, p. 465 et s.

Dion-Loye (S.) et Mathieu (B.), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC*, n° 7, 1991, p. 525 et s.

Drago (G.), « Exception d'inconstitutionnalité – Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP*, 2008, I, p. 217 et s.

Drago (G.), « La défense de la Constitution à regret. Principe et modalités de la question préjudicielle de constitutionnalité selon l'article 61-1 de la Constitution et le projet de loi organique », *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, ILF-GERJC, PUAM, 2009, p. 25 et s.

Dubut (T.), « Les droits sociaux fondamentaux dans la jurisprudence financière du Conseil constitutionnel français », Congrès mondial de l'AIDC – Atelier n° 13 – Athènes, 11-15 juin 2007, <http://www.enelcyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Thomas%20Dubut.pdf>

Dutheillet Delamothe (O.), « Directives : effet en droit interne », in *Cinquante ans du centre de documentation du Conseil d'État*, La Documentation française, 2004.

Dyevre (A.), « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation. », *Jus Politicum*, n° 4, 2010, p. 1 et s.

Escarras (J.-C.), « Éléments de référence », *AJJC*, I, 1985, p. 542 et s.

Fatin-Rouge Stéfénini (M.), « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 269 et s.

Faure (B.), « Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*,

1995, n° 21, p. 47 et s.

Favoreu (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Revue Pouvoirs*, 1980, n° 13, p. 17 et s.

Favoreu (L.), note sous Cons. const. décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, *RDP*, 1986, p. 395 et s.

Favoreu (L.), « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, n° 2, p. 622 et s.

Favoreu (L.) et Renoux (T.-S.), « Contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », *Répertoire dalloz de contentieux administratif*, 1991, p. 36 et s.

Favoreu (L.), « La constitutionnalisation du droit », in Mathieu (B.), Verpeaux (M.), (sous la direction de), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, p. 181 et s.

Favoreu (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.*, 2001, chronique p. 1739 et s.

Foucher (K.), « La consécration du droit de l'environnement par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA*, 2006, p. 2316 et s.

Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, p. 361 et s.

Galletti (F.), « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur "l'incompétence négative du législateur" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2004/2, n° 58, p. 387 et s.

Garnier (R.), « La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2004, n° 4, p. 457 et s.

Garrigou-Lagrange (J.-M.), « L'obligation de légiférer », *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 305 et s.

Gaudemet (Y.), « Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité », *RDP*, 2009, p. 582 et s.

Gay (L.), « "L'effet cliquet" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *4ème congrès français de droit constitutionnel*, Aix-en-Provence, ILF-GERJC, 10-12 juin 1999, Volume 2 Ateliers 6, 1999, p. 24 et s.

Gay (L.), « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé liberté (suite et fin). », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 527 et s.

Gay (L.), « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *CCC*, 2004, n° 16, p. 148 et s.

Geffray (E.) et Liéber (S.-J.), note sur CE, Ass., 3 octobre 2008, « Commune d'Annecy », *AJDA*, 2008, n°39, p. 2166 et s.

Genevois (B.), « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil

d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE*, 1988, n° 40, p. 151 et s.

Genevois (B.), « L'enrichissement des techniques de contrôle », Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008, p. 7 et s.

Gros (M.) « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ? », *RDP*, n° 2, 2009, p. 425 et s.

Groulier (C.), « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », *La force normative. Naissance d'un concept*, (sous la direction de) Tibierge (C.), LGDJ, 2009, p. 199 et s.

Gruddler (T.), « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », Rapport in *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, p. 3 et s.

Grzegorzczak (C.), « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », *Droits*, 1989, n° 11, p. 4 et s.

Grzegorzczak (C.), « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2005, p. 25 et s.

Guastini (R.), « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, p. 113 et s.

Guerrini (M.), « Les moyens périphériques aux droits et libertés que la Constitution garantit », 2011, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN7/guerriniT7.pdf>.

Guillaume (M.), secrétaire général du Conseil constitutionnel, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, p. 7 et s.

Gusy (C.), « Considérations sur le "droit politique" », *Jus Politicum*, n° 1, <http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html>.

Haarscher (G.), « Les droits de l'homme, notion à contenu variable », *Les notions à contenu variable en droit*, (sous la direction de) Perelman (C.) et Vander Elst (R.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 329 et s.

Haarscher (G.), « De l'usage légitime - et de quelques usages pervers - de la typologie des droits de l'Homme », Bribosia (E.), Hennebel (L.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, p. 25 et s.

Herrera (C.-M.), « Etat social et droits sociaux fondamentaux », Communication au colloque international *Etat et régulation sociale. Comment penser la cohérence de l'intervention publique ?*, Paris I, 11, 12 et 13 septembre 2006, <http://matisse.univ-paris1.fr/colloques/pdf/articles/herrera.pdf>.

Janicot (L.), note sur CE, Ass., 3 octobre 2008, « Commune d'Annecy », *RFDA*, n° 6, 2008, p. 1158 et s.

Jaulneau (E.), « La force normative des "droits à..." : le prisme du droit au logement opposable », *La force normative. Naissance d'un concept*, (sous la direction de) Tibierge (C.), LGDJ, 2009, p.

218 et s.

Jeammaud (A.) et Le Friant (M.), « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, Genre et Société*, n° 2, 1999, p. 29 et s.

Josso (S.), « Le caractère social de la République, principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ? », www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/JossoTXT.pdf.

Labetoulle (D.) et Cabanes, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, février 1972, p. 91 et s.

Landais (C.) et Lenica (F.), note sous CE, 19 juin 2006, Association « Eau et Rivières de Bretagne », *AJDA*, 2006, p. 1584 et s.

Lanneau (R.), « Analyse économique et analyse juridique du droit : quelques clarifications », *RRJ*, n° 127, 2009, vol 2, p. 557 et s.

Lampué (P.), « Le rôle des tribunaux français dans l'application de la DDH et du Préambule constitutionnel », in *Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne*, XIV^e Congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 12- 19 septembre 1981, *Rev. ju. et pol.* 1982, n° 1, p. 502 et s.

Lemaire (E.), « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Le poids des considérations politiques et prudentielles dans l'élaboration de la jurisprudence », www.institutvilley.com/IMG/pdf/Elina_Lemaire.pdf.

Lenoir (N.), « 1992-2001 : Souvenirs d'une femme au Conseil constitutionnel », *CCC*, 2008, n° 15, p. 15 et s.

Levade (A.), « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable. », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de P. Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 687 et s.

Lissouck (F.), « L'accès aux soins médicaux et à la protection de la santé en France. Recherches sur l'effectivité des droits de la deuxième génération », *RTD Hum*, n° 73, 2007, p. 52 et s.

Luchaire (F.), « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. prudhomme ? », *RDP*, 1989, p. 622 et s.

Luchaire (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n° 64, 2005, p. 675 et s.

Martens (P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à J.Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, Tome 1, p. 49 et s.

Martin (A.), « Le droit et les valeurs dans la pensée de Léon Duguit », *Constitution et valeurs, Mélanges en l'honneur de D. G. Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 455 et s.

Mathieu (B.), « La République sociale », in Mathieu (B.), Verpeaux (M.), (sous la direction de), *La République en droit français*, actes du colloque de Dijon des 10 et 11 décembre 1992, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 175 et s.

Mathieu (B.), « La qualité du travail parlementaire : une exigence constitutionnelle », *Mélanges*

Jean Gicquel, Montchrestien, 2008, p. 356.

Mathieu (B.) et Verpeaux (M.) note sous Cons. const., n° 97-393DC du 18 novembre 1997, *Allocations familiales*, LPA, n° 74, 22 juin 1998, p. 13 et s.

Mazeaud (P.), « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », conférence prononcée à Erevan, 2005, <http://www.conseilconstitutionnel.fr/divers/documents/20051001erevan.pdf>.

Meindl (T.), « La question controversée du caractère fondamental des droits sociaux », communication au IV^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Aix en Provence, 10-12 juin 1999, version dactylographiée, p. 9 et s.

Mekki (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », *Le droit souple*, Journées nationales Association Henri Capitant, Tome XIII, Dalloz, 2009, p. 1 et s.

Mercuzot (B.), « Le Préambule de 1946 entre Républiques et révolutions », Koubi (G.) (sous la direction de), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 39 et s.

Meunier (J.), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, 2003/2, n° 105, p. 29 et s.

Miatti (F.), « Le juge constitutionnel, le juge administratif, et l'abstention du Législateur », LPA, 1996, avril-juin, 29 avril 1996, n° 52, p. 4 et s.

Milano (L.), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, 2006, p. 637 et s.

Molfessis (N.), « La distinction du normatif et du non normatif », *RTDCiv*, 1999, p. 729 et s.

Mollion (G.), « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n° 62, 2005, p. 257 et s.

Morand (C.-A.), « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Morand (C.-A.) (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 36 et s.

Ost (F.), « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in Timsit (G.), Claisse (A.) et Belloubet-Frier (N.) (sous la direction de), *Les administrations qui changent*, PUF, coll. « Politique aujourd'hui », 1996, p. 77 et s.

Pelloux (R.), « Vrais et faux droits de l'homme, problème de définition et de classification », *RDP*, 1981, p. 54 et s.

Perelman (Ch.), « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 363 et s.

Perelman (Ch.), « Notions floues en droit pénal », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 14 et s.

Perulli (A.), « Les droits fondamentaux et le droit du travail. Quelques remarques », *Droits fondamentaux et droit social*, Lyon Caen (A.) et Lokiec (P.), (sous la direction de), Paris, Dalloz, p. 208 et s.

- Picard (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, août 1998, n° spécial « Les droits fondamentaux », p. 8 et s.
- Pierré-Caps (S.), « La Constitution comme ordre de valeur », *Mélanges en l'honneur de D.-G. Lavroff, La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p. 283 et s.
- Poirmeur (Y.), « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in Koubi (G.), (dir), *Le préambule de la constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 99 et s.
- Ponthoreau (M.-C.), « Le principe de l'indivisibilité des droits : l'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », *RFDA*, 2003, p. 929 et s.
- Portelli (H.), rapport enregistré à la Présidence du Sénat le 29 septembre 2009, <http://parlement-ue2008.fr/rap/108-637/108-6371.pdf>
- Priet (F.), « L'incompétence négative du Législateur », *RFDC*, 1994, p. 59 et s.
- Prieur (M.), « Du bon usage de la Charte constitutionnellement de l'environnement », *Environnement, Lexis Nexis*, n° 4, avril 2005, p. 8 et s.
- Prieur (M.), « La Charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Revue Pouvoirs*, n° 127, novembre 2008, p. 49 et s.
- Rangeon (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, 1989, p. 130 et s.
- Rangeon (F.), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Koubi (G.) (sous la direction de), CURAPP, PUF, 1996, p. 169 et s.
- Rapoport (C.), « L'opposabilité des "droits-créances" constitutionnels en droit public français », www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/RapoportTXT.pdf.
- Rapport, « La qualité de la loi », *Les documents de travail du Sénat. Série études juridiques*- 1er octobre 2007, <http://www.senat.fr/ej/ej03/ej03.html>
- Rapport législatif relatif au projet de loi de programmation portant sur la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, <http://www.senat.fr/rap/108-165/108-16513.html>.
- Rials (S.), « Pouvoir discrétionnaire », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1982, p. 4 et s.
- Rials (S.), « Les standards, notions critiques du droit », *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 44 et s.
- Rials (S.), « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^{ème} République », *RDP*, 1984, p. 602 et s.
- Ribes (D.), « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, n° 3, Bruylant, Bruxelles, p. 240 et s.

- Ribes (D.), « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *CCC*, 2007, n° 22, p. 132 et s.
- Ribes (D.), « L'influence financière des décisions du juge constitutionnel », *CCC*, 2008, n° 24, p. 104 et s.
- Rigaux (A.), note sous CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Rec.*, p. I-7411, *Europe*, fév. 1998, n° 42.
- Rivero (J.) et Vedel (G.), « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit social*, 1947, Vol. 31, p. 13 et s.
- Rivero (J.), « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Le fait et le droit*, sous la dir. de Perelman (Ch.), Bruylant, 1961, p. 130.
- Rivero (J.), « La garantie, par le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois, des libertés proclamées par le préambule de la Constitution », note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 71-44DC du 16 juillet 1971 *liberté d'association*, *AJDA*, 20 octobre 1971, p. 537 et s.
- Robert (J.), « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP*, n° 5, septembre-octobre 1971, p. 1171 et s.
- Roman (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, sous la direction de D. Roman, 2010, www.droits-sociaux.u-paris10.fr, p. 33.
- Roman (D.), « Les droits sociaux, entre "injusticiabilité" et "conditionnalité": éléments pour une comparaison », *RIDC*, n° 2, avril-juin 2009, p. 285 et s.
- Rousseau (D.), « L'Etat de droit est-il un état de valeurs particulières ? », *Mélanges P. Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 885 et s.
- Rouvillois (F.), « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Fondation pour l'innovation politique*, novembre 2006, p. 5 et s, www.fondapol.org.
- Saja (F.), « La justice constitutionnelle en 1987 », *AIJC*, III-1987, p. 633 et s.
- Savatier (J.), « Liberté du travail », *Rep. Dalloz*, Travail, janvier 2005, p. 2.
- Schmitter (G.), « L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives », *AIJC*, vol. V, GERJC, Aix-en-Provence, 1989, p. 137 et s.
- Schoettl (J.-E.), note sous Cons. const., décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *AJDA*, 1998, n° 2, p. 131 et s.
- Schoettl (J.-E.), note sous Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Réduction du temps de travail I, *AJDA*, 1998, p. 495 et s.
- Schoettl (J.-E.), note sous Cons. const., décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, CMU, *AJDA*, 20 septembre 1999, p. 704 et s.
- Sénac (C.-E.), « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP*, 2008, n° 4, juillet-août, p. 1081 et s.

Simon (D.) et Rigaux (A.), « Les contraintes de la transposition en droit français des directives européennes », *RJE*, 1991, p. 269 et s.

Stahl (J.-H.), conclusions sur CE Ass., 16 décembre 2005, Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité et Syndicat national des huissiers de justice, *RFDA*, 2006, p. 41 et s.

Stirn (B.), conclusions sur CE Ass., 22 janvier 1988, Association « Les Cigognes », *RFDA*, 1988, p. 95 et s.

Sur (S.), « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, p. 901 et s.

Sueur (J.-J.), « Régénération des droits de l'homme et / ou consécration de droits nouveaux ? », dans *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Koubi (G.) (sous la direction de), CURAPP, PUF, 1996, p. 132 et s.

Taruffo (M.), « La justification des décisions fondées sur des “standards” », *RRJ*, 1988, n° 4, p. 1124 et s.

Teboul (G.), « Alinéa 2 », *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Conac (G.), Pretot (X.), Teboul (G.), (sous la direction de), Dalloz, 2001.

Terneyre (Ph.), « Principes politiques économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps », *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction de Duhamel (O.) et Meny (Y.), PUF, 1992, p. 317.

Terneyre (P.), « Alinéa 7 », *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, sous la direction de Conac (G.), Prétot (X.), Teboul (G.), Paris, Dalloz, 2001.

Teubner (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? », *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la direction de Morand (Ch.-A), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 197 et s.

Thibierge (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règle de droit », *APD*, 2008, Tome 51, p. 341 et s.

Tigroudja (H.), « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003, n° 1, p. 156 et s.

Troper (M.), « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *Droit et politique*, CURAPP, Paris, PUF, 1993, p. 82.

Vedel (G.), « La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 54 et s.

Villary (M.), « La notion de programme – un instrument de la coopération technique multilatérale », *Annuaire Français de droit international*, Vol. 14, 1968, p. 530 et s.

Waline (M.), note sous CE, 29 novembre 1968, Tallagrand, *R.D.P.*, 1969, p. 689 et s.

Warsmann (J.-L.), rapport enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 septembre 2009. www.assemblee-nationale.fr.

IV - Études, articles et autres interventions de droit comparé, de droit étranger et de droit européen

Amirante (C.), « Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale », *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Actes du colloque de Naples-Pompei des 27 et 28 juin 1997, Jovene editore, p. 261 et s.

Andrioli (A.), note sous *Corte cost.*, 9 mars 1967, n° 22, *Giur. cost.*, 1967, p. 164 et s.

Angelone (A.), « Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice », *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Femia (P.), (sous la direction de), Naples, 2006, p. 563 et s.

Angiolini (V.), *Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà* », in Romboli (R.), (sous la direction de), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Turin, Giappichelli, 1994, p. 15 et s.

Anzon (A.), « Un'additiva di principio con termine per il legislatore », note sous *Corte cost.*, sent. n° 243 du 19 mai 1993, *Giur. Cost.*, p. 1785 et s.

Azzariti, « Alcune questioni di diritto costituzionale », note sous CE, 25 juin 1948, n° 326, *Foro it.*, 1948, III, p. 137 et s.

Babbé (V.), « Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation », www.droitconstitutionnel.org.

Baldassarre (A.), « Diritti sociali », in *Enciclopedia giuridica*, XI, Istituto della enciclopedia italiana, Roma, 1988, p. 15 et s.

Baldini (V.), « Il nuovo statuto della regione Campania. Le dichiarazioni identitarie », 20 janvier 2010, federalismi.it, 2010, n° 2, www.federalismi.it.

Barbera (A.), commentaire de l'article 2 de la Constitution, dans *Commentario della Costituzione italiana*, Branca (G.), (sous la direction de), Vol. « Principi fondamentali », Art.1-12, Bologne, Zanichelli, 1975, p. 50 et s.

Bartole (S.), « Norme programmatiche e Statuti regionali », *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

Battaglini (E.), « Osservazioni sull'art .113 della legge di P.S. », *Giust. pen.*, 1949, II, p. 872 et s.

Baudrez (M.), traduction des modifications du Titre V de la seconde partie de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 entrée en vigueur le 8 octobre 2001 in *La réforme constitutionnelle en Italie*, PUAM-Economica, 2002, p. 329 et s.

Belletti (M.), « “Livelli essenziali delle prestazioni” e “contenuto essenziale dei diritti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale », *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. Califano, Giappichelli, Turin, 2004, p. 181 et s.

Bellocci (M.) et Passaglia (P.), « La giurisprudenza costituzionale », *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, 2^{ème} partie, Conférence des Cours

constitutionnelles européennes, Vilnius, 7 juin 2008, <http://www.cortecostituzionale.it>, p. 26 et s.

Besson (E.), « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique ? », *A.I.J.C.*, XXI, 2005, p. 11 et s.

Bin (R.), « La Corte costituzionale tra potere e retorica : spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito », Turin, 1993, p. 8 et s.

Bin (R.), « Il nuovo riparto di competenze legislative : un primo, importante chiarimento », *Le Regioni*, 2002, p. 365 et s.

Bin (R.), « Problemi legislativi e interpretativi nella definizione della materie di competenza regionale », *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del titolo V, Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, p. 297 et s.

Bin (R.), « Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione », *Le Regioni*, 2005, n° 1, www.forumcostituzionale.it.

Biscaretti di Ruffia (P.), « Sull'efficacia abrogante delle norme della Costituzione italiana », *Foro pad.*, 1950, II, p. 141 et s.

Bobbio (N.), « Des critères pour résoudre les antinomies », *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., 1998, p. 91.

Bon (M.), « Sull'efficacia normativa delle disposizioni costituzionali con particolare riferimento all'abrogazione di leggi anteriori », *Foro pad.*, 1949, IV, p. 73 et s.

Boucoza (I.) et Robitaille (D.), « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux, op. cit.*, p. 287 et s.

Branca (G.), « Caratteristiche e funzione dei giudizi di legittimità costituzionale », Communication prononcée à l'Académie des « Lincei », 1972, in Segado (F.-F.), « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas », *Estudios constitucionales*, Vol. 7, n° 2, 2009, p. 13 et s.

Calamo Specchia (M.), « La réforme du 5^{ème} titre de la Constitution italienne et la nouvelle discipline constitutionnelle des rapports avec l'Union européenne », *6^{ème} congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes6/CALAMO.pdf, p. 9.

Caravita (B.), « Articolo 32 della Costituzione », Crisafulli (V.) et Paladin (L.), (sous la direction de), *Commentarion breve alla Costituzione*, Padoue, 1990, p. 215 et s.

Cardone (A.), « Brevi considerazioni sur alcuni profili processuali della recente giurisprudenza "statutaria" della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. n° 372, 378 et 379 del 2004) », *Forum di Quaderni costituzionali*, , www.forumcostituzionale.it.

Casanova (F.- P.), « I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale », *Democrazia e diritto*, 1995, p. 83 et s.

Casini (L.), « La prima sentenza della Corte costituzionale : le memorie processuali », *RTDPub.*, 2006, n° 1, p. 13 et s.

Cassoni (G.), « Norme programmatiche e norme precettive nella nuova costituzione, nelle discussioni e nella giurisprudenza del quinquennio », *Foro Padano*, année IX, n° 9, p. 98 et s.

Champeil Desplats (V.), « La justiciabilité des droits sociaux et la doctrine sud-américaine. Rapports du groupe sud-américain », *Projet de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, droits des pauvres, pauvres droits ?* http://droits.sociaux.free.fr/Projet/rapports/rapport_scientifique.pdf, p. 13 et s,

Chessa (O.), « La misura minima essenziale dei diritti sociali : problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento », note sous *Corte cost., sent. n° 27 du 26 février 1998*, *Giur. cost.*, fasc. 2, mars-avril 1998, p. 1170 et s.

Chessa (O.), « Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto », (note sous *Corte cost., sent. n° 6/2004*), *Le Regioni*, 2004, n° 4, <http://www.forumcostituzionale.it>

Chieppa (R.), « In terma di ambiente e scorie radioattive », note sous *Corte cost., sent. n° 62 du 29 janvier 2005*, in *Dir. Form.*, 2005, p. 385 et s.

Ciolfi (I.), « La tutela dei diritti sociali in Francia e in Italia », *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Vol. II, Giappichelli, 2005, p. 19 et s.

Colapietro (C.), « Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale », *Giur. It.*, 1995, p. 113 et s.

Colapietro (C.), « I trattamenti pensionistici ed limite delle risorse disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale », note sous *Corte cost., sent. n° 417 du 27 décembre 1996*, *Giur. cost.*, 1997, p. 558 et s.

Crosa (E.), « Principes politiques et la nouvelle Constitution », *La Constitution italienne de 1948*, Recueil d'études sous la direction de Crosa (E.), Armand Colin, 1950, p. 55 et s.

Crosa (E.), « La nouvelle Constitution. Ses caractéristiques », *La Constitution italienne de 1948*, Recueil d'études sous la direction de Crosa (E.), Armand Colin, 1950, p. 43 et s.

Corso (G.), « I diritti sociali nella Costituzione Italiana », *RTDPub*, 1981, p. 771 et s.

Crisafulli (V.), « Per la detreminazione del concetto dei principi generali del diritto », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, p. 41 et s.

Crisafulli (V.), « Per la determinazione del concetto di principi », *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 239 et s.

Crisafulli (V.), « Efficacia delle norme costituzionali "programmatiche" », *RTDPub*, 1951, Giuffrè, Milan, p. 357 et s.

Crisafulli (V.), Esposito (C.), Giannini (M.-S.), Lavagna (C.), Mortati (C.), Vassali (G.), « Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione », *Giur. cost.*, 1956. p. 261 et s.

Crisafulli (V.), « Note e dibattiti. Incostituzionalità o abrogazione ? », *Giur. cost.*, 1957, p. 271 et s.

Crisafulli (V.), « v^o Disposizione (e norma) », in *Enc. dir.*, vol XIII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 195 et s.

Crisafulli (V.), « Fonti del diritto », *Enc. dir.*, XXVII, Milan, 1968, p. 95 et s.

Crisafulli (V.), « La Corte costituzionale ha vent'anni », *Giur. Cost.*, 1976, p. 1703 et s.

Crisafulli (V.), « Ombre e luci della Costituzione », in *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milan, 1985, p. 279 et s.

D'Andrea (A.), « Constitution et les partis politiques "anti-système". Le PCI et le contexte constitutionnel et politique de l'Italie après la Seconde Guerre mondiale », Discours prononcé à la conférence *L'histoire, la sécurité et des libertés constitutionnelles. L'histoire des services secrets italiens*, Brescia, 23 et 24 mars 2007, www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0054_dandrea.pdf

D'Aniello (E.), « Modalità di determinazione degli indirizzi di politica industriale e sistema di governo delle agevolazioni finanziarie nella legge n. 675 del 1977 », *RTDPub*, 1978, p. 940 et s.

D'Atena (A.), « La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore », note sous *Corte cost. sent. n° 282 du 19 juin 2012*, *Giur. cost.*, 2002, p. 2027 et s.

D'Onghia (M.), « La justice constitutionnelle italienne en matière de protection sociale et le principe de l'équilibre financier », *RFAS*, 2001/2, n° 2, p. 193 et s.

D'Orazio (G.), « Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione », *RTDPub*, 1992, p. 102 et s.

Dalbera (C.), « Critiques du concept de "droit à l'éducation" au regard des pratiques d'acteurs et d'attentes des publics concernés », in *Le droit à l'éducation, quelles effectivités au Sud et au Nord ?*, Colloque international du 9 au 12 mars 2004, Université de Ouagadougou, Brurkina Faso, <http://afecinfo.free.fr/ouaga/communications/Ouaga028Dalbera.pdf>.

Da Silva Ramosi (E.), « Contrôle juridictionnel de politiques publiques : l'effectivité des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988 », <http://www.enelsyn.gr>.

Deffenu (A.), « *Alcuni casi (controversi) di applicazione diretta della Costituzione: i giudici di fronte al «giusto processo»* », in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 453.

De Oto (V.), « Interpretazione abrogante, abrogazione tacita e inconstituzionalità per irragionevolezza », *50 anni. Corte costituzionale*, 2006, p. 239 et s.

Di Manno (Th.), « L'activité contentieuse de la Cour constitutionnelle en 1990 : élément statistiques et techniques de jugement », *AJJC*, 1990, p. 783 et s.

Di Manno (Th.), « L'autonomie financière des Cours constitutionnelles en Europe », in Douat (E.) (dir.), *Les budgets de la justice en Europe*, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, p. 53 et s.

Di Manno (Th.), « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, n° 4, juillet-août 2004, p. 700 et s.

- Di Manno (Th.), « L'“inefficacité juridique” des normes “programmatisques” des statuts régionaux ordinaires », *AIJC*, 2005, p. 717 et s.
- Domingo (L.), « Le droit au logement décent dans les Constitutions française, espagnole et italienne », *AIJC*, XVII, 2001, p. 31 et s.
- Donnarumma (M.-R.), « Un mythe brisé : l'intangibilité de la loi. Le contrôle juridictionnel de la “ragionevolezza” des lois », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 797 et s.
- Elia (L.), « Le sentenze additive e la piu recente giurisprudenza della Corte costituzionale, (ottobre 1981 – luglio 1985) », in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I Padoue, 1985, p. 314 et s.
- Elie (M.-P.), « L'Italie, un État fédéral ? A propos des lois constitutionnelles n° 1 du 22 novembre 1999 et n° 3 du 18 octobre 2001 », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 749 et s.
- Ellul (J.), « Loi et sacré. Droit et divin. De la loi sacrée au droit divin », *Rivista internazionale di filosofia dei diritto*, 1974, p. 51 et s.
- Escarras (J.-C.), « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnelle », *AIJC*, II, 1986, p. 21 et s.
- Escarras (J.-C.), Communication au Vème Congrès de l'Association italienne des constitutionnalistes, *AIJC*, 1990, p. 762 et s.
- Escarras (J.-C.), « Après le big-bang référendaire de la Cour constitutionnelle : le trou noir pour l'Italie ? », *RFDC*, n° 13, 1992, p. 183 et s.
- Escarras (J.-C.), « L'Italie un État régional ? », *L'État autonome : forme transitoire en Europe ?*, « Collection Droit public positif », Economica, PUAM, 1994, p. 87 et s.
- Esposito (C.), « Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione », *La Costituzione italiana*, Padova, 1964, p. 80 et s.
- Fata (C.), « La tutela dei diritti fondamentali tra discrezionalità del legislatore e Corte costituzionale », *Rassegna Parlamentare*, n° 1, janvier-mars 2007, ed. Jovene, p. 395 et s.
- Ferrari (G.), « La difficile nascita della Corte constitutionnelle », *1956-2006, Cinquant'anni di Corte constitutionnelle*, Tome 2, Rome, 2006, p. 1274 et s.
- Ferrari (V.), « La culture sociale chez les juristes italiens contemporains », *Droit et société*, LGDJ, n° 75, 2010, p. 337 et s.
- Fercot (C.), « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existences en droit comparé », *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, http://droits.sociaux.free.fr/Projet/rapports/rapport_scientifique.pdf, p. 215 et s.
- Fioravanti (M.), « L'attuazione della Costituzione : il ruolo della cultura costituzionale », Relazione al Convegno *"La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino"*, Bergamo, 28-29 octobre 2005, http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-2/22-12-2005/Fioravanti-ruolo-cultura-cost_28_10_.pdf
- Fioravanti (M.), « Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana », Journée de réflexions historico-théoriques pour le 60^{ème} anniversaire

de la Constitution, colloque organisé à Florence, 2 et 3 octobre 2008, http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-26/13-10-2008/FIORAVANTI_60-Costituzione_2-3_10_08.pdf, p. 2.

Flauss (J.-F.), « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, colloque de Strasbourg des 29-30-31 mai 1997, éd. A. Pédone, 1998, p. 11 et s.

Flückiger (A.), « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne de sciences sociales*, XLV-138, 2007, p. 83 et s.

Fois (S.), « “Ragionevolezza” e “valori” : interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto », *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1994, p. 112 et s.

Fromont (M.), « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2010 », *RDP*, 2011, p. 1055 et s.

Galati (V.), « Il sentimento etico-civile dell'Assemblea costituente e i problemi della scuola », *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, 3, *Rapporti sociali e economici*, Vallecchi Editore, 1969, p. 73 et s.

Guarino (G.), « L'art. 113 t.u. delle leggi di P.S. », *Rass. dir. Pubbl.*, 1950, II, p. 381.

Ginnasio (L.) et Chiabrera (G.), « Dalla Costituzione alla Costituzione. Riflessioni sul concetto di sovranità popolare », http://www.nuovadidattica.net/didattica/pdf_didattica/costituzione.pdf.

Giorgis (A.), « La sent. n° 134 del 1994 : una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale », *Giur. cost.*, septembre-octobre 1994, p. 3163 et s.

Giorgis (A.) « La Corte costituzionale riserva al legislatore le tutela dei diritti che costano ? », note sous *Corte cost.*, sent. n° 99 de 1995, *Giur. it.*, 1995, I-1, p. 530 et s.

Guarino (G.), « L'art. 113 t.u. delle leggi di P.S. », *Rass. dir. Pubbl.*, 1950, II, p. 381 et s.

Guastini (R.), « Disposizione vs. norma », *Giur. cost.* II, 1989, p. 6 et s.

Guastini (R.), « Roberto Bobbio ou de la distinction. Préface », in Bobbio (N.), *Essais de théorie du droit*, Paris/Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 2 et s.

Guastini (R.), « L'interpretazione dei documenti normativi », *Tratt. Dir. Civ. Comm.* Cicu Messineo e Mengoni, Milano, 2004, p. 224 et s.

Guastini (R.), « Rigidity costituzionale e normatività della scienza giuridica », *Diritto e questioni pubbliche*, 2004, n° 4, p. 81 et s, www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_R_Guastini.pdf.

Guastini (R.), « Les principes de droit en tant que source de perplexité », *Les principes en droit*, sous la direction de Caudal (S.), Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 2008, p. 114 et s.

Izzo (P.), « Lacune assiologiche e giurisprudenza in tema di ammissibilità del referendum: le norme costituzionalmente necessarie », *50 anni Corte costituzionale della Repubblica italiana, Interpretazione a fini applicativi e legittimà costituzionale*, Femia (P.), (sous la direction de), Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 220 et s.

- Jaeger (V.), « La Corte costituzionale nei suoi tre anni di attività », *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1958, p. 783 et s.
- Jouanjan (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 47 et s.
- Laffaille (F.), « *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien). », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 00, 2 juillet 2010, <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/LAFAILLE01.pdf>.
- Limiti (G.), « La scuola nella costituzione », *Srudi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente, 3, Rapporti sociali e economici*, Vallecchi Editore, 1969, p. 79 et s.
- Lombardi (G.), « Diritti di libertà e diritti sociali », *Politica del diritto*, n° 1, 1999, p. 14 et s.
- Luciani (M.), « La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana », *Politica del diritto*, 1989, p. 634 et s.
- Luciani (M.), Communication à la Conférence d'Ankara. VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes portant sur « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », *AJIC*, VI, 1990, p. 161 et s.
- Luciani(M.) « Art. 81 della costituzione e decisioni della Corte costituzionale », *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. co. Della Costituzione*, Atti del seminario di Palazzo della Consulta del novembre 1991, Rome, 1993, p. 53 et s.
- Luciani (M.), « Un regionalismo senza modello », *Le regioni*, n° 5, octobre 1994, p. 1312 et s.
- Luciani (M.), « Sui diritti sociali », dans *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, vol. II, CEDAM, Padoue, 1995, p. 97 et s.
- Luciani (M.), « Diritto di sciopero, forma di stato e forma di governo », *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2009, n° 1, CEDAM, Padoue, p. 1 et s.
- Luciani (M.), « La question préjudicielle en Italie : expériences et problèmes », *Contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle. La saisine par les citoyens*, ILF-GERJC, PUAM, 2009, p. 138 et s.
- Marceno (V.), « La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore : verso nuove tecniche decisorie », *Giur. Cost.*, 2000, tome 2, p. 1958 et s.
- Mathieu (B.), « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », *CCC*, 1999, n° 6, p. 59 et s.
- Mazeaud (D.), « Faut-il avoir peur du droit européen des contrats ? », *De tous horizons. Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 311 et s.
- Mazzarese, « Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diritto », *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Comanducci e Guastini, (sous la direction de), Turin, 1996, p. 130 et s.
- Mazziotti (M.), « Diritti sociali », in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 802 et s.

Merlini (S.), « Obiettivo sulle sentenze delle Corte costituzionale », *Quale Giustizia*, 1997, II, la Nuova Italia, p. 240 et s.

Miranda (J.), « L'inconstitutionnalité par omission dans le droit portugais », *REDP*, vol., n° 1, 1992, p. 57 et s.

Modugno (F.), « La Corte costituzionale italiana oggi », in *Sritti il onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padoue, vol. II, 1985, p. 564 et s.

Modugno (F.), « I principio costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale », *In principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1991, p. 257 et s.

Mortati (C.), « L'évolution constitutionnelle italienne. Perspective historique et signification politique », *La Constitution italienne de 1948*, Crosa (E.), (sous la direction de), A. Colin, 1950, p. 41 et s.

Mortati (C.) « Ancora su incostituzionalità e abrogazione », note sous *Corte cost., sent. n° 1 du 27 janvier 1959*, *Giur. cost.*, 1959, p. 1 et s.

Mortati (C.), « v° Costituzione (Dottrine generali) », *Enc. dir.*, Milan, vol. XI, Giuffrè, 1962, p. 180 et s.

Mortati (C.), « Appunti per uno studio sui rimedi giuridizionali contro compartamenti omissivi del legislatore », *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*, Vol. III, Giuffrè, Milan, 1972, p. 923 et s.

Mortati (C.), « Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali », *La Costituzione della Repubblica, Cinquant'anni di discussioni, critiche, giustificazioni*, Ornaghi (L.), (sous la direction de), Milan, 1996, p. 66

Moscarini (A.), « La Corte costituzionale contro lo Stato sociale ? », *Giur. Cost.*, 1997, p. 2027 et s.

Mosugno (F.), « Il problema dei limiti alla revisione costituzionale », *Giur. Cost.*, 1992, p. 1673 et s.

Nocilla (D.), « Natura della disposizioni programmatiche statutarie e controlli endoregionali su leggi e regolamenti delle Regioni », *Giur. Cost.*, 2004, p. 4138.

Occhiocupo (N.), « La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi », *Giur. cost.*, I, 1977, p. 1700 et s.

Occhiocupo (N.), « La Corte costituzionale come giudice di opportunità », *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realta sociale*, Padoue, 1984, p. 59 et s.

Onida (V.), « Il regionalismo in Italia : origini, caratteri, prospettive », *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, quaderni n° 3 – seminario 1992*, Giuffrè, 1993, p. 78 et s.

Onida (V.), « La Costituzione del 1948, ieri e oggi », *La Costituzione ieri e oggi*, Accademia Nazionale dei Lincei, Rome, 9-10 janvier 2008, p. 14 et s, www.lincci.it/files/convegna/533_allegatouno.pdf

Palatucci (L.), « La concezione dei diritti finanziariamente condizionati nel periodo del suo

consolidamento : una inattesa estensione del *welfare state* costituzionale nel settore sanitario », *50 anni. Corte Costituzionale, « Effettività » e « seguito » delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Bin (R.), Brunelli (G.), Pugiotto (A.) et Veronesi (P.), (sous la direction de), Rome, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 665 et s.

Pardini (J.-J.), « Principe de *gradualità* et droit sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie », *Droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droits européens*, Gay (L.) et Mazuyer (E.), (sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 57 et s.

Pardini (J.-J.), « Réalisme et contrôle des lois en Italie », *CCC*, 2007, n° 22, p. 160 et s.

Parodi (G.), « Le sentenze additive di principio », *Foro it.*, 1998, V, p. 160 et s.

Pasquino (P.), « Contraintes juridiques ? La Cour constitutionnelle italienne », *Théorie des contraintes juridiques*, sous la direction de Troper (M.), Champeil-Desplats (V.), Grzegorzczak (C.), Bruylant, LGDJ, Paris, 2005, p. 177 et s.

Pasquino (P.) « L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. Le débat de l'assemblée constituante (1946-47) », *RTD Pubblico*, n° 1, 2006, p. 1 et s.

Passaglia (P.), « La jurisprudence récente des Cours constitutionnelles dans le domaine de la sécurité sociale », *Séminaire sur la jurisprudence récente des Cours constitutionnelles dans le domaine de la sécurité sociale*, Strasbourg, 29 et 30 novembre 2011, voir www.cortecostituzionale.it.

Pastori (G.), « Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali », *Le Regioni*, 2005, n° 3, www.forumcostituzionale.it.

Pegoraro (L.), « I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrati », in *La giustizia costituzionale a una svolta*, Romboli (R.), (sous la direction de), Turin, Giappichelli, 1991, p. 185 et s.

Pepino, « L'esigibilità dei diritti sociali », www.fondazionepromozionesociale.it.

Péréon (P.), « Considérations critiques sur la notion de droits inviolables dans l'ordonnement constitutionnel italien », *Liber amicorum Mélanges J.-C. Escarras, La communicabilité entre systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 886 et s.

Pergolesi, « Rigidità ed elasticità de la Costituzione italiana », *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 51 et s.

Piga (F.), « Nuovi criteri di discriminazione della giurisdizioni amministrativa e ordinaria : siamo administration una svolta ? », *Giur. civ.*, 1980, p. 357 et s.

Pizzorusso (A.), « Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire », *AIJC*, II-1986, p. 35 et s.

Pizzorusso (A.), « Les décisions de la Cour constitutionnelle et la couverture financière des lois », *AIJC*, IV-1988, p. 492 et s.

Pizzorusso (A.), « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *CCC*, 1999, n° 6, p. 23 et s.

Presta (S.), « Dalle norme programmatiche all'applicazione diretta », *50 anni Corte costituzionale*

- della Repubblica italiana. *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Femia (P.), (sous la direction de), Rome, Edition scientifique italienne, 2006, p. 361 et s.
- Principato (L.), « La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenu minimum del diritto fondamentale alla salute" », *Giur. cost.*, 1998, p. 3853 et s.
- Principato (L.), « Il diritto costituzionale alla salute : molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive ? », note sous *Corte cost.*, sent. 16 juin 1999, n° 309, *Giur. Cost.*, 1999, p. 2500 et s.
- Protti (G.), « Principi fondamentali e nuovi Statuti delle Regioni », *Confronti. Autonomia Lombarda : le idee, i fatti, le esperienze*, 2004, n° 1, p. 110 et s., www.regione.lombardia.it.
- Pugliatti (S.), « La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione », *Riv. giur. lav.*, 1950, p. 11 et s.
- Pugliatti (S.), « Abrogazione », *Enc. dir.*, I, Milan, 1958, p. 151 et s.
- Rapport présenté par la délégation française à la VIII^{ème} conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA*, 1990, p. 327 et s.
- Rivéro (J.), « Constitution italienne et Constitution française », *La Constitution italienne de 1948*, Crosa (E.) (sous la direction de), Paris, éd. Armand Colin, 1950, introduction p. IX et s.
- Rolla (G.) et Groppi (T.), « Tra politica et giurisdizione : evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia », *Cuestiones constitucionales*, 2000, n° 2, Universidad nationale Autonoma de México, p. 160 et s.
- Rossi (L.), « La "elasticità" dello Statuto italiano », *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Milan, 1941, p. 2 et s.
- Ruggeri (A.), « Interpretazione costituzionale e ragionevolezza », *Politica del diritto*, XXXVII, n° 4, décembre 2006, Il Mulino, Bologne, p. 531 et s.
- Ruggeri (A.), « La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale », www.forumcostituzionale.it.
- Ruiz Miguel (C.), « L'incostituzionalità per omissione », *Quaderni costituzionali*, XXIII, n° 4, décembre 2003, p. 795 et s.
- Sant'Ana Pedra (A.), « Mutation constitutionnelle des droits fondamentaux et interdiction de rétrocession : une analyse de l'évolution de la jurisprudence du Suprême Tribunal Fédéral », www.juridicas.unam.mx.
- Santolini (Th.), « L'adoption des lois par les commissions parlementaires en Italie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, n° 57, p. 159 et s.
- Schmitt (C.), « La tirannia dei valori », *Rass. Dir. Pubbl.*, 1970, p. 24 et s.
- Severino « La responsabilità penale del direttore di stampa periodiche e l'art 27 della Costituzione », *Riv. pen.* 1949, p. 883 et s.
- Stipo (M.), « Programmazione statale e programmazione regionale », *Enci. Giur.*, Treccani,

XXIV, Rome, 1991, p. 1 et s.

Vespaziani (A.), « Une sentenza additiva di principio riguardo allo “sciopero” degli avvocati », note sous *Corte cost., sent.* 27 mai 1996, n° 171, *Gius. Cost.*, 1996, p. 1552 et s.

Villaverde Mendéndez (I.), « L’incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore », *Giur. cost.*, 1996, Vol. III, p. 3968 et s.

Zagrebelsky (G.), « Relazione », *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Fuzioni e poteri della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum*, Rome, 1976, p. 28 et s.

Zagrebelsky (G.), « Problemi il ordine ai costi delle sentenze costituzionali », in Carusi (V.) (dir.), *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c., della Costituzione*, Actes du séminaire d’études des 8 et 9 décembre 1991, Palais de la Consulta, Giuffrè, Milan, 1993, p. 108 et s.

Zagrebelsky (G.), Discours commémoratif du 4 juin 1996 tenu à l’occasion du quarantième anniversaire de la Cour constitutionnelle italienne, *Cahiers du CDPC*, n° 7, 1996, p. 31 et s.

Zagrebelsky (G.), « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *CCC*, n° 20, 2006, in www.conseil-constitutionnel.fr.

Zagrebelsky (G.) « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », traduit par Di Manno (Th.), *CCC*, 2007, n° 22, p. 153 et s.

Zagrebelsky (G.), « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », in « Une nouvelle compétence pour la Cour de cassation : la question préjudicielle de constitutionnalité », Actes de colloque Paris le 3 avril 2009, *LPA*, numéro spécial, n° 126, 25 juin 2009, p. 14 et s.

V - Jurisprudence constitutionnelle française

Cons. const., décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans dans la magistrature*, Rec. p. 21.

Cons. const., décision n° 64-27 L du 17 mars 1964, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1^{er}, 5, 6, 7bis et 11 de l'ordonnance n°59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-Télévision française, ainsi que celles de l'article 70 de la loi n°61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, Rec. p. 33.

Cons. const., décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Retraite des marins du commerce*, Rec. p. 75.

Cons. const., décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Indépendance des magistrats*, Rec. p. 19.

Cons. const., décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité du Luxembourg*, Rec. p. 15.

Cons. const., décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, *Loi organique relative au statut des magistrats*, Rec. p. 25.

Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec. p. 19.

Cons. const., décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, Rec. p. 39.

Cons. const., décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Visite des véhicules*, Rec. p. 33.

Cons. const., décision n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, *Contre visite médicale*, Rec. p. 21.

Cons. const., décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1979, *Emploi des jeunes*, Rec. p. 35.

Cons. const., décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n°74-696 du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée de travail*, Rec. p. 33.

Cons. const., décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*. Rec. p. 42.

Cons. const., décision n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 5.

Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisation 1*, Rec. p. 18.

Cons. const., décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48.

Cons. const., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, Rec. p. 57.

Cons. const., décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Démocratisation du secteur public*, Rec. p. 49.

Cons. const., décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant des dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. p. 38.

Cons. const., décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprise de presse*, Rec. p. 78.

Cons. const., décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 46.

Cons. const., décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Évolution de la Nouvelle Calédonie II*, Rec. p. 70.

Cons. const., décisions n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, *Loi relative à la communication audiovisuelle*, Rec. p. 78.

Cons. const., décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Rec. p. 9.

Cons. const., décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Régime de la presse*, Rec. p. 110.

Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*. Rec. p. 141.

Cons. const., décision, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec. p. 184.

Cons. const., décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Amendement Séguin*, Rec. p. 13

Cons. const., décision n° 88-157 L du 10 mai 1988, Rec. p. 56.

Cons. const., décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 *Loi portant amnistie*, Rec p. 119.

Cons. const., décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec. p. 81.

Cons. const., décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Égalité entre Français et étrangers*, Rec. p. 33.

Cons. const., décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990, *Visites domiciliaires des Télécommunications*, Rec. p. 91.

Cons. const., décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, Rec. p. 11.

Cons. const., décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec. p. 91.

Cons. const., décision n° 92-304 DC du 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, Rec. p. 18.

Cons. const., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, Rec. p. 14

Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, Rec. p. 224.

Cons. const., décision, n° 93 -329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec., p. 9.

Cons. Const., décision n° 93-330 DC du 29 décembre 1993, *Loi de finances 1994*, Rec. p. 572.

Cons. const., décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, *Autorisations d'émission*, Rec., p. 32.

Cons. const., décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*, Rec. p. 176.

Cons. const., décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour le développement et l'aménagement du territoire*, Rec. p. 183.

Cons. const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Rec. p. 99.

Cons. const., décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Négociation collective*, Rec. p. 128.

Cons. const., décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Prestation spécifique dépendance*, Rec. p. 23.

Cons. const., décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31.

Cons. const., décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, Rec. p. 320.

Cons. const., décision n° 99-184 L du 18 mars 1999, *Nature juridique des dispositions du 8^{ème} alinéa de l'article 2 de la loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (Commission nationale du débat public)*, Rec. p. 65.

Cons. const., décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. p. 258.

Cons. const., décision n° 98-403DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec. p. 276.

Cons. const., décisions n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, Rec. p. 326.

Cons. const., décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *CMU*, Rec. p. 100.

Cons. const., décision, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, Rec. p. 33.

Cons. const., décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, Rec. p. 84.

Cons. const., décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121

Cons. const., décision n° 2001-45 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, Rec. p. 145.

Cons.const., décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. p. 74.

Cons. const., décision n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, *Allocation personnalisée d'autonomie*, Rec p. 89.

Cons. const., décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec. p. 82.

Cons. const., décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, Rec. p. 156.

Cons. const., décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, Rec. p. 164.

Cons. const., décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec. p. 49.

Cons. const., décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, Rec. p. 180.

Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204.

Cons. const., décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, Rec. p. 540.

Cons. const., décision n° 2002-465 DC du 12 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, Rec. p. 43

Cons. const., décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, Rec. p. 325.

Cons. const., décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec. p. 397.

Cons. const., décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, Rec. p. 430.

Cons. const., décision n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. p. 41.

Cons. const., décisions n° 2004-494DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, Rec. p. 91.

Cons. const., décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Traitement de données à caractère personnel*, Rec. p. 126,

Cons. const., décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. p. 116.

Cons. const., décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, Rec. p. 144.

Cons. const., décision n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005*, Rec. p. 225.

Cons. const., décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, Rec. p. 33.

Cons. const., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p.72.

Cons. const., décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *loi relative à la création du registre international français*, Rec. p. 78.

Cons. const., décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p.102.

Cons. const., décision n° 2005-529 DC du 15 décembre 2005, *Renouvellement du Sénat*, Rec. p. 165.

Cons. const., décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Égalité des chances*, Rec. p. 50.

Cons. const., décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, Rec. p. 79.

Cons. const., décision n° 2006-540DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins ans la société de l'information*, Rec. p. 88.

Cons. const., décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Télévision du futur*, Rec. p. 81.

Cons. const., décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec., p. 360

Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313.

Cons. const., décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, Rec. p. 341.

Cons. const., décision n° 2008-568 DC du 07 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, Rec. p. 352.

Cons. const., décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, Rec. p. 378.

Cons. const., décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, Rec. p. 73.

Cons. const., décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, Rec. p. 140.

Cons. const., décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, Rec. p. 193.

Cons. const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, Rec. p. 218.

Cons. const., décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, Rec. p. 97.

Cons. const., décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres* [indemnité temporaires de retraite outre-mer], *JO du 23 juillet 2010*, p. 13615.

Cons. const., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Snv Kimberly Clark* [Incompétence négative en matière fiscale], *JO du 19 juin 2010*, p. 11149.

Cons. const., décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres* [Représentativité des syndicats], *JO du 8 octobre 2010*, p. 18235

Cons. const., décisions n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie* [Représentativité syndicale], *Rec.* p. 326

Cons. const., décision n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région* [Représentation des professions de santé libérales], *Rec.* p. 330

Cons. const., décision n° 2010-95 QPC du 28 janvier 2011, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre* [Projet d'intérêt général], *JO du 29 janvier 2011*, p. 1896.

Cons. const., décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011, *M. Jacques N* [Mise à la retraite d'office], *JO du 5 février 2011*, p. 2355.

Cons. const., décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, *JO du 13 mai 2010*, p. 8897.

Cons. const., décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, *JO du 23 juillet 2010*, p. 13583.

Cons. const., décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre* [Troubles du voisinage et environnement], *JO du 9 avril 2011*, p. 6361.

Cons. const., décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre* [Calcul des effectifs de l'entreprise], *JO du 30 avril 2011*, p. 7535.

Cons. const., décision n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres*, [Réorientation professionnelle des fonctionnaires], *JO du 18 juin 2011*, p. 10456.

Cons. const., décision n° 2011-139 QPC, 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique*, [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales], *JO du 25 juin 2011*, p. 10841.

Cons. const., n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement], *JO du 15 octobre 2011*, p. 17466.

Cons. const., décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011, *Patelise F.* [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé], *JO du 10 décembre 2011*, p. 20991.

Cons. const., décision n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, *Loi de finances rectificative 2011*, *JO du 30 juillet 2011*, p. 13001.

VI – Jurisprudence constitutionnelle italienne

- Corte cost., sent. n° 1* du 14 juin 1956, *Giur cost.*, 1956, p. 1.
- Corte cost., sent. n° 8* du 2 juillet 1956, *Giur. cost.*, 1956, p. 602.
- Corte cost., sent. n° 3* du 16 janvier 1957, *Giur Cost.*, 1957, p. 18.
- Corte cost., sent. n° 1* du 27 janvier 1959, *Giur. cost.*, 1959, p. 1.
- Corte cost., sent n° 114* du 16 décembre 1964, *Giur cost.*, 1964, p. 1163.
- Corte cost., sent. n° 12* du 12 mars 1965, *Giur. cost.*, 1965, p. 106.
- Corte cost., sent. n° 45* du 26 mai 1965, *Giur. Cost.* 1965, p. 655.
- Corte Cost. sent. n° 61* du 6 juillet 1965 *Giur. cost.*, 1965, p. 765.
- Corte cost., sent. n° 22* du 9 mars 1967, *Giur. cost.*, 1967, p. 164.
- Corte cost., sent. n° 16* du 21 mars 1968, *Giur. cost.*, 1968, p. 369.
- Corte cost., sent. n° 1* du 24 janvier 1969, *Giur. cost.*, 1969, p. 1.
- Corte cost. sent. n° 81* du 14 avril 1969, *Giur. cost.*, 1969, p. 1150.
- Corte cost. sent., n° 50* du 2 avril 1970, *Giur. cost.*, 1970, p. 1081.
- Corte cost., sent. n° 97* du 16 juin 1970, *Giur. cost.*, 1970, p. 1150.
- Corte cost., sent. n° 194* du 12 décembre 1970, *Giur. cost.*, 1970, p. 2222.
- Corte cost., sent. n° 41* du 25 février 1971, *Giur. cost.*, 1971, p. 499.
- Corte cost., sent. n° 62* du 30 mars 1971, *Giur. cost.*, 1971, p.601.
- Corte cost., sent. n° 80* du 21 avril 1971, *Giur. cost.*, 1971, p. 691.
- Corte cost., sent. n° 149* du 14 juillet 1972, *Giur. cost.*, 1972, p. 1550.
- Corte cost., sent. n° 172* du 5 décembre 1972, *Giur. cost.*, 1972, p. 2092.
- Corte cost., sent. n° 35* du 4 avril 1973, *Giur. cost.*, 1973, p. 343.
- Corte cost., sent. n° 58* du 4 mai 1973, *Giur. cost.*, 1973, p. 768.
- Corte cost., sent. n° 160* du 18 mai 1974, *Giur. cost.*, 1974, p. 960.
- Corte cost., sent. n° 225* du 10 juillet 1974, *Giur. cost.*, 1974, p. 1775.
- Corte cost., sent. n° 33* du 25 février 1975, *Giur. cost.*, 1975, p. 143.
- Corte cost., sent. n° 209* du 15 juillet 1976, *Giur. Cost.*, 1976, p. 1308.
- Corte cost. sent., n° 234* du 6 décembre 1976, *Giur. cost.*, p. 2003.
- Corte cost., sent. n° 275* du 22 décembre 1976, *Giur. cost.*, 1976, p. 2092.
- Corte cost., sent n° 94* du 24 mai 1977, *Giur. cost.*, 1977, p. 735.
- Corte cost., sent. n° 103* du 2 juin 1977, *Giur. cost.*, 1977, p. 777.
- Corte cost., sent. n° 16* du 2 février 1978, *Giur. cost.*, 1978, p. 79.

- Corte cost., sent.*, n° 74 du 20 juillet 1978, *Giur. cost.*, p. 598.
- Corte cost., sent.* n° 88 du 26 juillet 1979, *Giur. cost.*, 1979, p. 662.
- Corte cost., sent.* n° 26 du 6 mars 1980, *Giur. cost.*, 1980, p. 206.
- Corte cost., sent.* n° 33 du 20 mars 1980, *Giur. cost.*, 1980, p. 250.
- Corte cost., sent.* n° 101 du 19 juin 1981, *Giur. cost.*, 1981, p. 855.
- Corte cost., sent.* n° 175 du 25 octobre 1982, *Giur. cost.*, 1982, p. 1981.
- Corte cost., sent.* n° 180 du 25 octobre 1982, *Giur. cost.*, 1982, p. 2010.
- Corte cost., sent.* n° 15 du 14 janvier 1983, *Giur. cost.*, 1983, p. 53.
- Corte cost., sent.* n° 28 du 8 février 1984, *Giur. cost.*, 1984, p. 94.
- Corte cost., sent.* n° 105 du 16 avril 1985, *Giur. cost.*, 1985, p. 661.
- Corte cost., sent.* n° 199 du 3 juillet 1985, *Giur. cost.*, 1985, p. 1541.
- Corte cost., sent.* n° 300 du 19 novembre 1985, *Giur. cost.*, 1985, p. 2271.
- Corte cost., sent.* n° 84 du 2 avril 1986, *Giur. cost.*, 1986, p. 479.
- Corte cost., sent.* n° 167 du 25 juin 1986, *Giur. cost.*, 1986, p. 1249.
- Corte cost., sent.* n° 173 du 27 juin 1986, *Giur. cost.*, 1986, p. 1329.
- Corte cost., sent.* n° 210 du 9 juillet 1986, *Giur. cost.*, 1986, p. 1627.
- Corte cost., sent.* n° 298 du 19 décembre 1986, *Giur. cost.*, 1986, p. 2400.
- Corte cost., sent.* n° 101 du 3 avril 1987, *Giur. cost.*, 1987, p. 772.
- Corte cost., sent.* n° 215 du 3 juin 1987, *Giur. Cost.*, 1987, p. 1624.
- Corte cost., sent.* n° 559 du 18 décembre 1987, *Giur. cost.*, 1987, p. 3518.
- Corte cost., sent.* n° 561 du 10 décembre 1987, *Giur. cost.*, 1987, p. 3539
- Corte cost., ordo.* n° 146 du 2 février 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 485.
- Corte cost., sent.* n° 217 du 11 février 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 833.
- Corte cost., sent.* n° 374 du 31 mars 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 1658.
- Corte cost., sent.* n° 700 du 3 juin 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 3211.
- Corte cost., sent.*, n° 826 du 14 juillet 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 3893.
- Corte cost., sent.* n° 992 du 27 octobre 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 4676.
- Corte cost., sent.* n° 1108 du 12 décembre 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 5382.
- Corte cost. sent.*, n° 1146 du 15 décembre 1988, *Giur. cost.*, 1988, p. 5565.
- Corte cost., sent.*, n° 203 du 11 avril 1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 898.
- Corte cost., sent.* n° 252 du 16 mai 1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 1174.
- Corte cost., sent.* n° 406 du 6 juillet 1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 1831.
- Corte cost., sent.* n° 459 du 19 juillet 1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 2106.
- Corte cost., sent.* n° 559 du 12 décembre 1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 2564.
- Corte cost., sent.* n° 55 du 2 février 1990, *Giur. cost.*, 1990, p. 226.

Corte cost., sent. n° 260 du 23 mai 1990, Giur. cost., 1990, p. 1550. Corte cost., sent. n° 384 du 31 juillet 1990, Giur. cost., 1990, p. 2343. Corte cost., sent. n° 455 du 26 septembre 1990, Giur. cost., 1990, p. 2732. Corte cost., sent. n° 1 du 9 janvier 1991, Giur. cost., 1991, p. 3.

Corte cost., sent. n° 40 du 17 janvier 1991, Giur. cost., 1991, p. 274.

Corte cost., sent. n° 295 du 26 juin 1991, Giur. cost., 1991, p. 2319.

Corte cost., sent. n° 414 du 6 novembre 1991, Giur. cost., 1991, p. 3540.

Corte cost., sent. n° 88 du 9 mars 1992, Giur. cost., 1992, p. 868.

Corte cost., sent. n° 232 du 27 mai 1992, Giur. cost., 1992, p. 1799.

Corte cost., sent. n° 247 du 20 mai 1992, Giur. cost., 1992, p. 1900.

Corte cost., sent. n° 42 du 28 janvier 1993, Giur. cost., 1993, p. 310.

Corte cost., sent. n° 243 du 19 mai 1993, Giur. cost., 1993, p. 1756.

Corte cost., sent. n° 447 du 13 décembre 1993, Giur. cost., 1993, p. 3672.

Corte cost., sent. n° 108 du 31 mars 1994, Giur. cost., 1994, p. 927.

Corte cost., sent. n° 134 du 13 avril 1994, Giur. cost., 1994, p. 1106.

Corte cost., sent. n° 218 du 2 juin 1994, Giur. cost., 1994, p. 1812.

Corte cost., sent. n° 304 du 15 juillet 1994, Giur. cost., 1994, p. 2606.

Corte cost., sent. n° 17 du 19 janvier 1995, Giur. cost., 1995, p. 216.

Corte cost., sent. n° 416 du 18 juillet 1995, Giur. cost., 1995, p. 2978.

Corte cost., sent. n° 74 du 15 mars 1996, Giur. cost., 1996, p. 699.

Corte cost., sent. n° 89 du 25 mars 1996, Giur. cost., 1996, p. 819.

Corte cost., sent. n° 118 du 18 avril 1996, Giur. cost., 1996, p. 1006.

Corte cost., sent. n° 121 du 18 avril 1996, Giur. Cost., 1996, p. 1029.

Corte cost., sent. n° 417 du 27 décembre 1996, Giur. cost., 1996, p. 3712.

Corte cost., sent. n° 10 du 23 janvier 1997, Giur. cost., 1997, p. 77.

Corte cost., sent. n° 27 du 26 février 1998, Giur. cost., 1998, p. 148.

Corte cost., sent. n° 185 du 26 mai 1998, Giur. cost., 1998, p. 1528.

Corte cost., sent. n° 196 du 3 juin 1998, Giur. cost., 1998, p. 1577.

Corte cost., sent. n° 267 du 17 juillet 1998, Giur. cost., 1998, p. 2076.

Corte cost., sent. n° 372 du 20 novembre 1998, Giur. cost., 1998, p. 3261.

Corte cost., sent. n° 457 du 30 décembre 1998, Giur. cost., 1998, p. 3804.

Corte cost., sent. n° 119 du 2 avril 1999, Giur. cost., 1999, p. 1004.

Corte cost., sent. n° 309 du 16 juillet 1999, Giur. cost., 1999, p. 2501.

Corte cost., sent. n° 42 du 7 février 2000, Giur. cost., 2000, p. 336.

Corte cost., sent. n° 176 du 5 juin 2000, Giur. cost., 2000, p. 1536.

Corte cost., sent. n° 228 du 22 juin 2000, *Giur. cost.*, 2000, p. 1790. *Corte cost., sent.* n° 299 du 19 juillet 2000, *Giur. cost.*, 2000, p. 2277. *Corte cost., sent.* n° 441 du 26 octobre 2000, *Giur. cost.*, 2000, p. 3314. *Corte cost., sent.* n° 509 du 20 novembre 2000, *Giur. cost.*, 2000, p. 4003. *Corte cost., sent.* n° 252 du 17 juillet 2001, *Giur. cost.*, 2001, p. 2168. *Corte cost., sent.* n° 282 du 26 juin 2002, *Giur. cost.*, 2002, p. 2012. *Corte cost., sent.*, n° 407 du 10 juillet 2002, *Giur. cost.*, 2002, p. 2940. *Corte cost., sent.* n° 88 du 13 mars 2003, *Giur. cost.*, 2003, p. 700. *Corte cost., sent.* n° 303 du 1^{er} octobre 2003, *Giur. cost.*, 2003, p. 2675. *Corte cost., sent.* n° 6 du 13 janvier 2004, *Giur. cost.*, 2004, p. 105. *Corte cost., sent.* n° 30 du 23 janvier 2004, *Giur. cost.*, 2004, p. 462. *Corte cost., sent.* n° 372 du 2 décembre 2004, *Giur. cost.*, 2004, p. 4022. *Corte cost., sent.* n° 378 du 6 décembre 2004, *Giur. cost.*, 2004, p. 4111. *Corte cost., sent.* n° 379 du 6 décembre 2004, *Giur. cost.*, 2004, p. 4161. *Corte cost. sent.* n° 62 du 29 janvier 2005, *Giur. cost.*, 2005, p. 562. *Corte cost., sent.* n° 432 du 2 décembre 2005, *Giur. cost.*, 2005, p. 4657. *Corte cost., sent.* n° 56 du 10 février 2006, *Giur. cost.*, 2006, p. 505. *Corte cost., sent.* n° 134 du 23 mars 2006, *Giur. cost.*, 2006, p. 1249. *Corte cost. sent.* n° 202 du 3 mai 2006, *Giur. cost.*, 2006, p. 2044. *Corte cost., sent.* n° 3 du 8 janvier 2007, *Giur. cost.*, 2007, p. 37. *Corte cost., sent.* n° 162 du 8 mai 2007, *Giur. cost.*, 2007, p. 1515. *Corte cost., sent.* n° 202 du 9 juin 2008, *Giur. cost.*, 2008, p. 2294. *Corte cost., sent.* n° 11 du 23 janvier 2009, *Giur. cost.*, 2009, p. 70. *Corte cost., sent.* n° 19 du 26 janvier 2009, *Giur. cost.*, 2009, p. 81. *Corte cost., sent.* n° 187 du 22 mai 2010, *Giur. cost.*, 2010, p. 2212. *Corte cost., sent.* n° 273 du 22 juillet 2010, *Giur. cost.*, 2210, p. 3349. *Corte cost., sent.* n° 106 du 17 mars 2011, *Giur. cost.*, 2011, p. 1183. *Corte cost., sent.* n° 293 du 9 novembre 2011, *Corte cost., sent.* n° 118 du 10 mai 2012, *Corte cost., sent.* n° 131 du 25 mai 2012,

VII - Sites internet

www.assemblée-nationale.fr

www.cairn.info/article.php

www.conseil-constitutionnel.fr

www.dirittoquestionipubbliche.org

www.droitconstitutionnel.org

www.federalismi.it

www.fondazionepromozionesociale.it

www.forumcostituzionale.it

www.juspoliticum.com

www.legifrance.fr

www.regione.lombardia.it

www.senat.fr

INDEX

- Abrogation....37, 61, 67, 84, 107, 123, 184,
220, 247, 248, 249, 258, 259, 260, 261,
262, 263, 264, 265, 266, 268, 270, 271,
292, 327, 342, 351
- Application directe ...49, 50, 51, 52, 53, 54,
55, 56, 57, 63, 65, 73, 108, 120, 121,
122, 123, 124, 178, 182, 196, 214, 215,
267
- Complétude57, 64, 65
- Compromis ...5, 73, 74, 78, 91, 96, 99, 100,
101, 102, 103, 104, 116, 146, 283, 297,
333
- Contrôle *a posteriori*236, 259, 260, 264,
283, 285, 315
- Contrôle *a priori*.....260, 285
- Cour constitutionnelle37, 44, 45, 46, 66,
67, 70, 156, 157, 357, 370
- Déclaration d'inconstitutionnalité 179, 184,
188, 223, 234, 240, 248, 249, 250, 253,
258, 260, 261, 263, 264, 270, 271, 322,
323, 325, 333
- Dignité.....83
- Disposition programmatique 108, 110, 111,
115, 120, 168, 184, 186, 188, 256
- Droit subjectif 115, 146, 154, 181, 252, 335
- Droits créance 122, 204, 291, 294, 324, 336
- Droits liberté.....28, 36, 122
- Droits sociaux.....14, 23, 27, 29, 33, 36, 38,
93, 94, 95, 96, 103, 113, 149, 240, 251,
278, 291, 293, 298, 305, 309, 311, 313,
315, 317, 339, 340, 341, 345, 347, 349,
351, 354, 355, 356, 357
- Effectivité28, 36, 38, 68, 112, 126, 136,
137, 139, 143, 147, 163, 180, 186, 198,
220, 232, 233, 239, 272, 273, 278, 291,
294, 301, 302, 303, 304, 308, 316, 317,
320, 325, 326, 348, 350, 361
- Effectivité302, 303, 343
- Effet cliquet39, 291, 294, 346
- Effet plancher294, 297
- Efficacité ..18, 19, 56, 71, 81, 84, 145, 149,
150, 163, 173, 174, 177, 183, 192, 193,
261, 272, 285, 302, 309, 321, 326, 343,
351, 358
- Erreur manifeste d'appréciation ...279, 284,
286, 288, 290, 296, 325
- Factualité..... 244, 304
- Force normative 75, 175, 176, 178, 180,
181, 192, 197, 199, 226, 250, 251, 338,
343, 347
- Garantie légale 292, 294, 296
- Gradualità*..... 36, 278, 300, 317, 318, 319,
361
- Habitat..... 83
- Incompétence négative 229, 230, 231, 232,
233, 234, 235, 236, 237, 243, 346, 350,
351
- Incompétence négative 236, 369
- Italie 27, 43, 64, 69, 340
- Mesure minimale 296
- Normativité 3, 14, 16, 17, 20, 21, 102, 106,
126, 137, 138, 140, 153, 154, 163, 165,
166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173,
174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182,
183, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192,
193, 194, 196, 199, 200, 201, 202, 244,
245, 247, 248, 249, 250, 251, 269, 270,
271, 273, 300, 304, 327, 331, 332, 344,
347
- Normativité abstraite 163, 244, 247, 251
- Normativité concrète ... 247, 248, 271, 273,
300
- Objectif de valeur constitutionnelle . 39, 40,
42, 43, 47, 74, 169, 195, 197, 198, 204,
234, 235, 258, 288, 313, 348
- Obligation de légiférer... 4, 23, 27, 71, 212,
213, 215, 216, 217, 218, 220, 221, 222,
223, 229, 230, 232, 236, 294, 336, 346
- Omission du législateur 212, 238, 239
- Prestation matérielle 32
- Principe juridique..... 335
- Programmaticité. 10, 37, 42, 49, 50, 52, 54,
56, 57, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73,
79, 85, 86, 95, 96, 98, 99, 102, 104, 105,
107, 109, 122, 147, 182, 186, 188, 191,
199, 200, 224, 270, 271, 316, 317, 321
- Programmatique.. 27, 28, 29, 35, 47, 66, 70
- Programme... 5, 6, 7, 11, 12, 16, 17, 27, 28,
30, 32, 35, 37, 52, 59, 63, 71, 79, 81, 84,
89, 95, 97, 100, 103, 107, 108, 111, 116,
128, 130, 132, 135, 140, 141, 147, 148,
149, 150, 167, 168, 172, 173, 179, 180,

181, 194, 198, 199, 202, 207, 216, 219, 220, 227, 228, 229, 236, 237, 263, 274, 276, 278, 282, 287, 289, 300, 310, 312, 315, 320, 322, 323, 325, 326, 331, 352, 368	Réserve de loi 109, 207, 208, 209, 210, 305, 307, 311, 338
Proportionnalité.....282, 297, 342, 348	Ressources financières. 300, 303, 308, 309, 310, 317, 320, 325
<i>Ragionevolezza</i> .46, 77, 277, 279, 280, 282, 290, 341, 357, 358, 362	Statuts régionaux ... 15, 165, 189, 190, 192, 193, 194, 199, 357
	Subjectif..... 156

Articles cités des Constitutions italienne et française

PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION FRANÇAISE DU 27 OCTOBRE 1946

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix.

Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État.

La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.

La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT DE 2004

...

Article 1^{er}

Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Article 2

Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Article 3

Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

Article 4

Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Article 5

Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre

de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Article 6

Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Article 7

Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

...

CONSTITUTION FRANCAISE DU 4 OCTOBRE 1958

...

Article 1^{er}

... La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

Article 4

Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1er dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation.

...

Article 61-1

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

...

CONSTITUTION ITALIENNE DU 1^{er} JANVIER 1948

...

Article 2

La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé.

Article 3

Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales.

Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays.

Article 4

La République reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et met en oeuvre les conditions qui rendent ce droit effectif.

Tout citoyen a le devoir d'exercer, selon ses possibilités et selon son choix, une activité ou une fonction concourant au progrès matériel ou spirituel de la société.

Article 5

La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; elle réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative ; elle adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation.

Article 6

La République protège par des normes particulières les minorités linguistiques.

...

Article 9

La République favorise le développement de la culture et la recherche scientifique et technique. Elle protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la Nation.

Article 10

L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues. La condition juridique de l'étranger est fixée par la loi, conformément aux normes et aux traités internationaux.

L'étranger, auquel l'exercice effectif des libertés démocratiques garanties par la Constitution italienne est interdit dans son pays, a droit d'asile sur le territoire de la République, selon les conditions fixées par la loi.

L'extradition d'un étranger pour des délits politiques n'est pas admise.

[selon l'article unique de la loi constitutionnelle n° 1 du 21 juin 1967, « le dernier alinéa de l'article 10 ne s'applique pas au crime de génocide. »]

Article 11

L'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des conflits internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales poursuivant ce but.

...

Article 13

La liberté de la personne est inviolable. Il n'est admise aucune forme de détention, d'inspection ou de perquisition concernant la personne, ni aucune autre restriction de la liberté de la personne, si ce n'est par un acte motivé de l'autorité judiciaire et dans les cas et sous les seules formes prévus par la loi.

Dans des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence, expressément prévus par la loi, l'autorité de police peut prendre des mesures provisoires, qui doivent être communiquées dans les quarante-huit heures à l'autorité judiciaire. Si cette autorité ne confirme pas ces mesures dans les quarante-huit heures suivantes, celles-ci sont considérées comme rapportées et sont privées de tout effet.

Toute violence physique et morale sur les personnes soumises de quelque manière que ce soit à des restrictions de liberté est punie.

La loi fixe les limites maximales de la détention provisoire.

Article 14

Le domicile est inviolable. Les inspections ou les perquisitions ou les saisies ne peuvent y être effectuées que dans les cas et selon les modalités fixées par la loi conformément aux garanties prescrites pour la protection de la liberté de la personne.

Les vérifications et les inspections pour des motifs de santé et de salubrité publique ou dans des buts économiques et fiscaux sont réglementées par des lois spéciales.

...

Article 16

Tout citoyen peut circuler et séjourner librement dans toute partie du territoire national, sous réserve des limitations que la loi fixe d'une manière générale pour des motifs sanitaires ou de sécurité. Aucune restriction ne peut être déterminée par des raisons politiques. Tout citoyen est libre de sortir du territoire de la République et d'y rentrer, sous réserve des obligations légales.

...

Article 21

Tout individu a le droit de manifester librement sa pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion. La presse ne peut être soumise à autorisation ou censure.

Il ne peut être procédé à une saisie que par un acte motivé de l'autorité judiciaire en cas de délits ou crimes, pour lesquels la loi sur la presse l'autorise expressément, ou en cas de violation des règles que la loi elle-même prescrit pour l'indication des responsables.

Dans ces cas, lorsque l'urgence est absolue et que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut avoir lieu à temps, la saisie de la presse périodique peut être effectuée par des officiers de police judiciaire, qui doivent immédiatement, et au plus tard dans les vingt-quatre heures, avertir l'autorité judiciaire. Si celle-ci ne la confirme pas dans les vingt-quatre heures suivantes, la saisie est considérée comme révoquée et privée de tout effet.

La loi peut établir, par des règles de caractère général, que les moyens de financement de la presse périodique soient rendus publics.

Sont interdits les imprimés, les spectacles et toutes les autres manifestations contraires aux bonnes mœurs. La loi établit les mesures aptes à prévenir et à réprimer les violations.

...

Article 24

Il est reconnu à tout individu le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes. La défense est un droit inviolable dans tous les états et à tous les degrés de la procédure.

Les moyens d'ester et de se défendre devant toutes les juridictions sont assurés aux indigents par des institutions juridiques spécifiques

La loi détermine les conditions et les modalités de la réparation des erreurs judiciaires

...

Article 29

La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi pour garantir l'unité de la famille.

Article 30

Les parents ont le devoir et le droit d'entretenir, d'instruire et d'élever leurs enfants, même s'ils sont nés hors mariage. Dans les cas d'incapacité des parents, la loi pourvoit à ce que leurs devoirs soient remplis.

La loi assure aux enfants nés hors mariage toute la protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime.

La loi fixe les règles et les limites pour la recherche de la paternité

Article 31

La République favorise par des mesures économiques et autres moyens la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, et particulièrement les familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but.

Article 32

La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité, et elle garantit des soins gratuits aux indigents. Nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine.

Article 33

L'art et la science sont libres ainsi que leur enseignement. La République fixe les règles générales concernant l'instruction et crée des écoles publiques pour tous les ordres et tous les degrés. Les organismes et les particuliers ont le droit de créer des écoles et des instituts d'éducation, sans charges pour l'État.

La loi, en fixant les droits et les obligations des écoles ne relevant pas de l'État qui demandent la parité, doit assurer à celles-ci une pleine liberté et à leurs élèves un traitement scolaire équivalent à celui des élèves des écoles publiques.

Un examen d'État est institué pour l'admission aux divers ordres et degrés d'enseignement ou à la conclusion de ceux-ci et pour l'obtention des titres d'aptitude professionnelle.

Les institutions de haute culture, les universités et les académies ont le droit de se donner des statuts autonomes dans les limites fixées par les lois de l'État.

Article 34

L'enseignement est ouvert à tous. L'instruction élémentaire, donnée durant au moins huit ans, est obligatoire et gratuite.

Les élèves doués et méritants, même s'ils sont dépourvus de moyens financiers, ont le droit d'atteindre les degrés les plus élevés des études.

La République rend ce droit effectif par des bourses d'études, des allocations aux familles et par d'autres moyens, qui doivent être attribués par concours.

Article 35

La République protège le travail sous toutes ses formes et dans toutes ses applications. Elle veille à la formation et à la promotion professionnelle des travailleurs.

Elle propose et favorise les accords internationaux et les organisations internationales visant à l'affirmation et à la réglementation des droits du travail.

Elle reconnaît la liberté d'émigration, sous réserve des obligations fixées par la loi dans l'intérêt général et protège le travailleur italien à l'étranger.

Article 36

Le travailleur a droit à une rétribution proportionnée à la quantité et à la qualité de son travail et en tout cas suffisante pour assurer à lui-même et à sa famille une existence libre et digne. La durée maximum de la journée de travail est fixée par la loi.

Le travailleur a droit au repos hebdomadaire et à des congés annuels rétribués, et il ne peut y renoncer.

Article 37

La femme qui travaille a les mêmes droits et, à égalité de travail, les mêmes rétributions que le travailleur. Les conditions de travail doivent garantir l'accomplissement de sa fonction familiale qui est essentielle et assurer à la mère et à l'enfant une protection spéciale et appropriée. La loi fixe l'âge minimum pour le travail salarié.

La République protège le travail des enfants mineurs par des règles spéciales et leur garantit, à égalité de travail, le droit à l'égalité de rétribution.

Article 38

Tout citoyen inapte au travail et dépourvu des moyens d'existence nécessaires a droit aux secours et à l'assistance sociale. Les travailleurs ont droit à ce que des moyens d'existence appropriés à leurs nécessités vitales soient prévus et assurés en cas d'accident, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, de chômage involontaire.

Les citoyens inaptes et les handicapés ont droit à l'éducation et à la formation professionnelle.

Des organismes et des instituts créés ou aidés par l'État pourvoient aux mesures prévues dans cet article.

L'assistance privée est libre.

Article 39

L'organisation syndicale est libre. Il ne peut être imposé aux syndicats d'autre obligation que leur enregistrement auprès des services locaux ou centraux, suivant les dispositions de la loi.

Les syndicats sont enregistrés à condition que leurs statuts prévoient une organisation interne se fondant sur une base démocratique.

Les syndicats enregistrés ont la personnalité juridique. Ils peuvent, représentés de façon unitaire en proportion du nombre de leurs inscrits, conclure des conventions collectives de travail ayant un effet obligatoire pour tous les membres des catégories professionnelles que la convention concerne.

Article 40

Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

Article 41

L'initiative économique privée est libre. Elle ne peut s'exercer en s'opposant à l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine.

La loi détermine les programmes et les contrôles opportuns pour que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée vers des fins sociales.

...

Article 44

Afin de réaliser l'exploitation rationnelle du sol et d'établir des rapports sociaux équitables, la loi impose des obligations et des limitations à la propriété foncière privée, fixe des limites à son étendue selon les régions et les zones agricoles, favorise et impose la bonification des terres, la transformation des grands domaines et le remembrement des unités de production; elle aide la petite et moyenne propriété. La loi prévoit des mesures en faveur des zones de montagne.

Article 45

La République reconnaît la fonction sociale de la coopération à caractère de mutualité et ne visant pas à la spéculation privée. La loi aide et favorise son développement par les moyens les plus appropriés et en assure, par les contrôles opportuns, le caractère et les finalités. La loi pourvoit à la protection et au développement de l'artisanat.

Article 46

En vue de la promotion économique et sociale du travail et en harmonie avec les exigences de la production, la République reconnaît le droit des travailleurs à collaborer, selon les modalités et dans les limites fixées par les lois, à la gestion des entreprises.

Article 47

La République encourage et protège l'épargne sous toutes ses formes ; elle régleme, coordonne et contrôle l'exercice du crédit. Elle favorise l'accès de l'épargne populaire à la propriété du logement, à la propriété directe du cultivateur et à l'investissement direct et indirect sous forme d'actions dans les grands ensembles de production du pays.

...

Article 81

Les chambres approuvent chaque année les budgets et les lois de règlement présentés par le gouvernement.

L'exécution provisoire du budget ne peut être autorisée que par une loi et pour des périodes ne dépassant pas dans l'ensemble quatre mois.

La loi d'approbation du budget ne peut prévoir de nouveaux impôts et de nouvelles dépenses.

Toute autre loi qui comporte la création ou l'aggravation d'une charge publique doit indiquer les moyens d'y faire face.

...

Article 114

La République se compose des communes, des provinces, des villes métropolitaines, des régions et de l'État.

Les communes, les provinces, les villes métropolitaines et les régions sont des entités autonomes ayant un statut, des pouvoirs et des fonctions propres, conformément aux principes établis par la

Constitution.

Rome est la capitale de la République. Son statut est réglé par la loi de l'État.

...

Article 116

Des formes et des conditions particulières d'autonomie sont attribuées au Frioul-Vénétie Julienne, à la Sardaigne, à la Sicile, au Trentin-Haut Adige/Südtirol et au Val d'Aoste, selon les statuts spéciaux respectifs adoptés par loi constitutionnelle.

La région autonome du Trentin-Haut Adige/Südtirol se compose des provinces autonomes de Trente et de Bolzano.

Des formes et des conditions particulières d'autonomie concernant les matières visées au troisième alinéa de l'article 117 et les matières visées au deuxième alinéa dudit article aux lettres l), pour ce qui est de l'organisation de la justice de paix, n) et s), peuvent être attribuées, par la loi de l'État, à d'autres régions, à l'initiative de la région intéressée, après avoir reçu l'avis des collectivités locales, dans le respect des principes fixés par l'article 119. Ladite loi est adoptée par les chambres à la majorité absolue de leurs membres, sur la base d'une entente entre l'État et la région intéressée.

[modifié par la loi de révision n° 3 du 18 octobre 2001]

Article 117

Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales.

L'État a le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières suivantes : ...

m) fixation des niveaux essentiels des prestations se rapportant aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur l'ensemble du territoire national ;...

...

Article 127

Lorsque le gouvernement estime qu'une loi régionale excède la compétence de la région, il peut déclencher le contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent sa publication. Lorsque la région estime qu'une loi, ou bien un autre acte ayant valeur de loi de l'État ou d'une autre région, porte atteinte au domaine de sa compétence, elle peut déclencher le contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi ou de l'acte ayant valeur de loi.

...

Article 134

La Cour constitutionnelle juge :

- les litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des régions;
- les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, ceux entre l'État et les régions, et entre les régions;
- les accusations portées contre le président de la République, conformément à la Constitution.

...

Article 137

Une loi constitutionnelle fixe les conditions, les formes, les délais dans lesquels des recours en inconstitutionnalité peuvent être introduits, ainsi que les garanties d'indépendance des juges de la Cour.

Une loi ordinaire fixe les autres règles nécessaires à l'organisation et au fonctionnement de la Cour.

Aucune voie de recours n'est admise contre les décisions de la Cour constitutionnelle.

...

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	1
INTRODUCTION	4
PREMIERE PARTIE : L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	25
TITRE 1: L'IDENTIFICATION FORMELLE ET MATERIELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES : DES APPROCHES INSUFFISANTES	27
CHAPITRE 1: LA LIMITE DE L'IDENTIFICATION FORMELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	29
SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES AU SEIN DES LIBERTÉS ET DES DROITS CONSTITUTIONNELS	30
1 § - <i>La prédisposition des droits-créances à correspondre aux normes constitutionnelles programmatiques</i>	31
2 § - <i>La prédisposition atténuée des droits- libertés à correspondre aux normes constitutionnelles programmatiques</i>	36
SECTION 2 : L'IDENTIFICATION DE NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES AU SEIN DES NORMES CONSTITUTIONNELLES JURISPRUDENTIELLES	42
1 § - <i>L'objectif de valeur constitutionnelle, objet juridique inclus dans la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques</i>	42
2 § - <i>L'extension de la catégorie des normes constitutionnelles programmatiques par l'œuvre prétorienne du juge constitutionnel italien : la question de la « clause ouverte »</i>	47
CONCLUSION DU CHAPITRE	51
CHAPITRE 2: LA LIMITE DE L'IDENTIFICATION MATERIELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	53
SECTION 1 : LE CRITÈRE DE LA « PROGRAMMATICITÉ », UN FONDEMENT STRUCTUREL VARIABLE	54
1 § - <i>La signification de « programmaticité » : l'absence d'application directe de la norme liée à son incomplétude</i>	54

<i>A – L’origine de la notion d’application directe</i>	55
<i>B – Un critère adopté par les juridictions ordinaires</i>	57
<i>C – Un critère confirmé par les juridictions constitutionnelles et par la doctrine.</i>	62
1 – Un critère initialement introuvable	62
2 – Un critère finalement identifié dans l’incomplétude de la norme.....	67
 2 § - <i>Les manifestations de la « programmaticité »</i>	69
<i>A – La « programmaticité » indirecte</i>	70
<i>B – La « programmaticité » temporaire</i>	73
 SECTION 2 : LE CRITÈRE DE LA PORTÉE AXIOLOGIQUE, UN FONDEMENT CONCEPTUEL PARTAGÉ	77
 1 § - <i>Une caractéristique du modèle axiologique de Constitution</i>	78
<i>A - L’identification des valeurs dans la jurisprudence constitutionnelle</i>	78
<i>B – Des objectifs supérieurs à développer</i>	81
 2 § - <i>Une fonction axiologique commune aux normes constitutionnelles programmatiques et aux principes constitutionnels</i>	84
 CONCLUSION DU CHAPITRE	89
 CONCLUSION DU TITRE 1	90
 TITRE 2 : L’IDENTIFICATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES SELON LEUR FONCTION : UNE APPROCHE À PRIVILEGIER	93
 CHAPITRE 1 : LA FONCTION ORIGINELLE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	95
 SECTION 1 : LES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES, INSTRUMENTS D’UNE STRATÉGIE POLITIQUE AU « MOMENT CONSTITUANT »	96
 1 § - <i>La Constitution, lieu de rencontre d’idéologies différentes</i>	96
<i>A – La résurgence des idées libérales</i>	96
<i>B – La promesse de la solidarité</i>	98
 2 § - <i>La « programmaticité » comme tactique pour obtenir un compromis politique</i>	101
<i>A – Remarques liminaires sur la mise en relation des normes constitutionnelles programmatiques et de la politique</i>	101
<i>B – La « programmaticité » comme stratégie politique</i>	103
1 – <i>La forme programmatique comme tactique utilisée au « moment constituant »</i>	104
2- <i>La forme programmatique comme tactique d’anticipation de l’application de la Constitution</i>	107
 SECTION 2 : LES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES, INSTRUMENTS D’UNE STRATÉGIE POLITIQUE FAVORABLE AU LÉGISLATEUR APRÈS L’ENTRÉE EN VIGUEUR DES CONSTITUTIONS	111
 1 § - <i>Un instrument appelant à légiférer</i>	111

<i>A – Une fonction identifiée dans la structure des normes constitutionnelles programmatiques</i>	112
1 – Le recours à l’analyse structurelle ou la nécessaire distinction entre la « norme » et la « disposition »	112
2 – Un lexique signifiant une action	114
3 – Une formulation désignant la puissance publique comme sujet de l’action	117
4 – Une syntaxe dévoilant des « normes mission »	121
<i>B – Une fonction identifiée par la jurisprudence ordinaire</i>	124
2 § - Un instrument « neutralisant » les effets de la Constitution	126
CHAPITRE 2 : LA FONCTION UTILITAIRE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	131
SECTION 1 : LA NORME CONSTITUTIONNELLE PROGRAMMATIQUE AU SERVICE DU RÉGIME CONSTITUTIONNEL ...	133
1§– Des normes utiles au développement du régime constitutionnel tenant à la forme de l’État italien	134
A - La mise en œuvre des normes instaurant un ordonnancement « en réseau »	134
B - Les NCP levier d’un régionalisme symétrique expression du programme pluraliste.....	137
2§ - Des normes utiles au développement de la justice constitutionnelle	140
SECTION 2 : UNE CATÉGORIE DE NORMES AU SERVICE DU DROIT	146
1 § - Les NCP comme réponse au phénomène de « spécification du droit »	147
2 § – Les NCP comme fondement de droits nouveaux	152
A – L’exemple du droit à l’environnement en France	153
B – L’exemple du droit à la santé en Italie	157
CONCLUSION DU CHAPITRE	160
CONCLUSION DU TITRE 2	162
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	163

SECONDE PARTIE : LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS.165

CHAPITRE 1 : LA RECONNAISSANCE DE LA NORMATIVITE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS 170

SECTION 1 : DE L'APPROCHE MATÉRIELLE À L'APPROCHE FONCTIONNELLE DE LA NORMATIVITÉ : LA NORMATIVITÉ INCERTAINE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS..... 171

1 § – L'insuffisance de l'approche matérielle de la normativité des programmes constitutionnels171

A – Une normativité refusée aux programmes constitutionnels en raison de leur imprécision..... 171

B – La normativité matérielle, une conception inadaptée aux nouvelles exigences constitutionnelles..... 173

1 – La prescription, une notion incertaine174

2 – La nécessité d'un autre critère177

2 § – L'ajout de l'approche fonctionnelle de la normativité : la reconnaissance de la force normative des normes constitutionnelles programmatique.....179

A – L'absence de distinction entre la fonction des programmes constitutionnels et la fonction d'un acte normatif..... 180

B – Une normativité graduée selon la fonction de la norme 182

SECTION 2 : L'APPROCHE FORMELLE DE LA NORMATIVITÉ : L’AFFIRMATION DE LA NORMATIVITÉ DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS187

1 § - Une normativité reconnue à l'ensemble des dispositions constitutionnelles, y compris programmatiques187

A- La normativité reconnue aux programmes de la Constitution italienne 188

B - La normativité reconnue aux programmes de la Constitution française 190

2 § - Une normativité refusée aux dispositions programmatiques non prévues par la Constitution194

A – L' « a-normativisation » des normes programmatiques des statuts régionaux en Italie 194

B – Vers la « dénormativisation » des normes constitutionnelles programmatiques d'origine jurisprudentielle en France..... 199

CONCLUSION DU CHAPITRE 204

CHAPITRE 2 : LES EFFETS JURIDIQUES RECONNUS AUX NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES..... 206

SECTION 1 : L'EXIGENCE DE MISE EN ŒUVRE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES POUR L'APPLICATION DE LA CONSTITUTION 207

1 § – La détermination de l'autorité compétente pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques.....207

A – Une compétence législative de principe extensive en France 208

B – Répartition verticale et répartition horizontale de la compétence normative en Italie..... 212

2 § – La détermination de la nature de la compétence pour mettre en œuvre les normes constitutionnelles programmatiques : entre faculté et obligation	217
A – Une obligation de légiférer « logiquement nécessaire » en cas de dispositions à contenu programmatique	218
B – Une compétence obligatoire incertaine : les obstacles à l'application d'une sanction au législateur ne légiférant pas	221
1 – Les obstacles politiques.....	222
2 – Les obstacles juridiques.....	225
C – Une compétence obligatoire admissible selon la thèse de l'abstention « normative » du législateur.....	227
SECTION 2 : LA SANCTION DE L'ABSENCE DE MISE EN ŒUVRE LÉGISLATIVE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES.....	230
1 § - Le contrôle de l'omission absolue, une procédure organisée dans certains systèmes juridiques	231
A – L'omission de l'État membre sanctionnée par le droit européen.....	231
B – L'omission législative absolue sanctionnée par la Constitution	233
2 § - Le contrôle de l'omission relative, une procédure implicitement consacrée par la jurisprudence constitutionnelle française.....	235
A - La sanction de l'incompétence négative	236
B - Vers la reconnaissance jurisprudentielle d'une obligation de bien légiférer	238
3 § - Le contrôle de l'omission relative : une procédure explicitement consacrée par la jurisprudence constitutionnelle italienne.....	243
A – La reconnaissance des omissions législatives inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle	243
B - Les arrêts additifs introduisant une norme constitutionnellement nécessaire	245
CONCLUSION DU CHAPITRE	249
TITRE 2 : LA CONSISTANCE DE LA NORMATIVITE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES : UNE NORMATIVITE CONCRETE LIMITEE	252
CHAPITRE 1 : LA PORTEE NORMATIVE NUANCEE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS DANS LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL.....	254
SECTION 1 : LES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES, FONDEMENTS DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS.....	256
1 § – La reconnaissance immédiate de l'effet négatif des normes constitutionnelles programmatiques dans le contentieux constitutionnel italien	257
2 § - La reconnaissance progressive de l'effet négatif des normes constitutionnelles programmatiques dans le contentieux constitutionnel français.....	260

SECTION 2 : LA RELATIVITÉ DE L'ABROGATION SUR LE FONDEMENT D'UNE NORME CONSTITUTIONNELLE PROGRAMMATIQUE.....	265
1 § <i>L'abrogation, une sanction de l'inconstitutionnalité distincte de l'annulation</i>	265
2 § <i>L'exclusion des normes constitutionnelles programmatiques des normes abrogatives en Italie</i>	267
3 § <i>L'intégration des normes constitutionnelles programmatiques aux normes abrogatives en France</i>	270
CONCLUSION DU CHAPITRE	276
CHAPITRE 2 : UNE PORTEE NORMATIVE DES PROGRAMMES CONSTITUTIONNELS LIMITEE DANS LES FAITS	279
SECTION 1 : LA CONCRÉTISATION LIMITÉE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	281
1 § : <i>La concrétisation législative des normes constitutionnelles programmatiques restreinte par le pouvoir discrétionnaire du législateur</i>	281
A - <i>Le pouvoir discrétionnaire du législateur, une liberté dans la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques</i>	281
B - <i>Une liberté de concrétisation rarement remise en cause par le juge constitutionnel : le contrôle restreint de la loi</i>	286
1 : <i>Une sanction limitée à la « manifesta irragionevolezza » de la mesure de concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques en Italie</i>	286
2 : <i>Une sanction limitée à l'erreur manifeste du législateur dans la concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques en France</i>	292
2 § : <i>La concrétisation des normes constitutionnelles programmatiques atténuée par l'absence d'intangibilité des garanties des droits</i>	297
A - <i>L'interdiction posée par le Conseil constitutionnel français de priver de garanties légales les normes constitutionnelles programmatiques</i>	297
B - <i>L'obligation établie par la Cour constitutionnelle italienne de garantir les « mesures minimales »</i>	303
SECTION 2 : L'EFFECTIVITÉ LIMITÉE DES NORMES CONSTITUTIONNELLES PROGRAMMATIQUES	308
1 § : <i>L'effectivité des normes constitutionnelles programmatiques limitée par les ressources financières</i> ...	309
A : <i>La constitutionnalisation de l'équilibre financier en Italie</i>	311
B : <i>La compétence financière réservée au législateur en France</i>	317
2 § - <i>Une effectivité limitée par la progressivité de la mise en œuvre des normes constitutionnelles programmatiques</i>	322
A – <i>La progressivité inhérente à la programmaticité de la norme</i>	322
B – <i>La progressivité manifestant le self restraint des juges constitutionnels</i>	327
CONCLUSION DU CHAPITRE	331

CONCLUSION GENERALE.....	335
BIBLIOGRAPHIE	343
<i>I - OUVRAGES ET THÈSES DE DROIT FRANÇAIS</i>	<i>343</i>
<i>II OUVRAGES ET THÈSES DE DROIT COMPARÉ, DE DROIT ÉTRANGER ET DE DROIT EUROPÉEN.....</i>	<i>346</i>
<i>III - ÉTUDES, ARTICLES ET AUTRES INTERVENTIONS DE DROIT FRANÇAIS</i>	<i>350</i>
<i>IV - ÉTUDES, ARTICLES ET AUTRES INTERVENTIONS DE DROIT COMPARÉ, DE DROIT ÉTRANGER ET DE DROIT EUROPÉEN.....</i>	<i>361</i>
<i>V - JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE.....</i>	<i>372</i>
<i>VI – JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE.....</i>	<i>378</i>
<i>VII - SITES INTERNET.....</i>	<i>381</i>
INDEX.....	383
ARTICLES CITÉS DES CONSTITUTIONS ITALIENNE ET FRANÇAISE	385
TABLE DES MATIÈRES	397