



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

JOURNEES ITALIENNES

Turin et Côme

22 au 26 mai 2017

**Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit
positif**

Rapport italien relatif au thème n°3

Droit constitutionnel

Gustavo Zagrebelsky

Ancien Président de la Cour Constitutionnel

Émérite à l'Université de Torino

1. En premier lieu une précision linguistique s'impose : en effet, dans le droit constitutionnel italien positif il n'existe pas la notion générale de droit fondamental. Il s'agit d'une formule employée fréquemment dans les discours des constitutionnalistes, mais qui ne trouve pas de consécration au niveau de la Constitution. Il serait donc préférable de parler de droits constitutionnels. Il ne s'agit pas d'une question terminologique. Si on parlait de « droits fondamentaux », le statut de cette notion devrait être recherchée dans des idées prépositives, tandis que celle de « droit constitutionnel » devrait être recherchée en principe, cas par cas, dans la discipline positive de la Constitution. Il s'agit d'une proposition à la fois vraie et fausse : vraie en ce qu'il faut toujours se baser sur la Constitution; fausse, car la Constitution s'exprime fréquemment par le biais de principes dits ouverts qui réclament d'être intégrés par des notions prépositives renvoyant à ce que nous considérons comme « fondamental » selon notre histoire, notre culture, notre vision de la bonne vie, la vie que nous souhaitons pour nous et pour les autres. Les principaux problèmes d'interprétation des droits constitutionnels proviennent en effet de la nature des normes de la Constitution: il s'agit de normes de principes.

Une deuxième précision est nécessaire : dans le système italien de garantie des droits constitutionnels les particuliers ne peuvent pas les défendre directement devant la Cour constitutionnelle, mais ils peuvent exclusivement contester la loi qui les affecte. Il n'existe pas une action directe individuelle, ni collective. La saisine à la Cour suprême dépend en effet du recours entamé par le juge devant faire application dans un procès de la loi soupçonnée d'inconstitutionnalité. Il s'agit donc d'une garantie indirecte effectuée par le biais du contrôle de constitutionnalité de la loi.

2. En ce qui concerne la dimension négative des droits constitutionnels (le droit à *ne pas être* contraint à...), dans la Constitution italienne on ne trouve pas une clause générale telle que: tout ce qui n'est pas interdit par la loi est permis. Cela revient à dire qu'il n'existe pas une présomption générale de liberté, par rapport à laquelle la loi serait dérogatoire. On n'y trouvera pas une formule semblable à l'article 5 du *Preamble* de la Constitution française qui suppose une condition de liberté naturelle générale des individus, à l'exception des lois qui limitent cette liberté générale pour des raisons de bien-être de la société. Dans la Constitution italienne des distinctions à ce sujet s'imposent selon les matières. Par exemple : concernant la liberté personnelle ou la liberté d'opinion et de la presse, il s'agit de droits reconnus, dits « inviolables », dont leur protection est telle que tout ce qui n'est pas interdit (pour des raisons de sûreté publique ou de protection de la réputation d'autrui, etc.) est permis. Mais, par exemple, dans le domaine des biens culturels, de l'environnement et en général des biens rares ou des activités dangereuses, le principe est le contraire : toute activité est interdite à moins

qu'elle soit permise par des autorisations légales, explicites ou implicites (consentement tacite), selon les cas.

Les sociétés d'aujourd'hui vivent une condition de saturation du droit et des droits. Toute règle de droit et tous les droits sortent du compromis. La saturation comporte que chaque norme de droit, ainsi que chaque droit doit faire face à d'autres normes, à d'autres droits. Dès lors, ce n'est que très rarement qu'une mise en balance entre deux ou plusieurs raisons juridiques n'est pas nécessaire. La garantie d'un droit, même « négatif », implique non seulement l'annulation-élimination de la norme qui limite ladite liberté de l'exercer, mais en même temps, impose la création de normes capables d'harmoniser le droit d'un sujet avec le droit concurrent d'autres sujets. Un exemple peut être tiré des relations entre parents et fils : le fils qui n'avait pas été reconnu par la mère au moment de la naissance n'aurait jamais pu effectuer de recherches pour établir sa filiation biologique. La Cour constitutionnelle, d'après la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, a estimé que cette interdiction absolue était inconstitutionnelle pour cause de violation du droit à l'intégrité morale de la personne qui implique aussi le droit du fils à faire coïncider sa condition personnelle légale et réelle. Il aurait suffi d'annuler l'interdiction? Si l'enjeu était seulement de reconnaître le droit d'accès à la juridiction pour faire valoir un droit à l'identité personnelle, oui; mais, vu qu'il s'agissait aussi du droit de la mère à l'anonymat, également reconnu, alors non. En plus, il fallait également tenir compte que cela aurait influencé le choix de la femme, au moment de sa décision initiale de cacher la maternité, vers l'avortement si celle-ci n'avait pas eu la certitude de pouvoir maintenir son anonymat dans l'avenir. Pour cela, il aurait fallu donc mettre en place une procédure complexe qui aurait permis, d'un côté au fils, d'entamer ses recherches et, d'autre part, à la mère d'être au courant du désir du fils - sans pour autant dévoiler son identité - et ainsi exprimer librement son consentement actuel ou son désaccord permanent. De plus, il aurait fallu établir une procédure devant un organe indépendant qui aurait reçu l'action du fils et contacté la femme, mère-supposée - et aurait assuré la discrétion du procès, nécessairement judiciaire, et géré les démarches successives.

Je signale cette décision car elle représente un cas exemplaire de balancement des droits, même lorsque il s'agit d'enlever un obstacle à l'épanouissement d'un droit négatif. Cette décision est aussi l'exemple d'une technique prétorienne de décision constitutionnelle appelée « arrêt de principe ». Il s'agit d'une technique très particulière, employée dans des conditions aussi particulières. Si un droit existe, il doit aussi exister le moyen de le défendre en justice. Dans le droit constitutionnel italien (contrairement au droit romain républicain), le droit substantiel prime sur le droit procédural. Cela signifie que les juges sont, en tout cas, obligés de reconnaître une satisfaction à l'individu disposant du droit qui lui est propre et, dans l'hypothèse où la loi ne prévoit pas une procédure spécifique, ils doivent reconstruire ce droit grâce aux instruments de l'analogie et des

principes généraux. De plus, peine le dénis de justice, le juge doit décider sur le fond. La Cour constitutionnelle, donc, proclame le droit et laisse les juges remédier à la lacune législative qui, bien entendu, pourra être aussi comblée par le législateur dont elle réclame l'intervention. Devant l'alternative entre protection du droit et proclamation d'impuissance devant l'inaction du législateur, la jurisprudence choisit la première, tout en étant consciente de l'hardiesse de cette construction.

3. En ce qui concerne l'interprétation des droits constitutionnels, il me paraît qu'il n'existe pas une « doctrine » juridique, c'est à dire une idée directrice générale contraignante. Il s'agit d'évaluer cas par cas. Quelquefois, prévaut l'interprétation (« originaliste ») selon l'intention des Constituants. Par exemple, en matière de droit au mariage la demande des couples homosexuelles a été repoussée (arrêt n. 138/2010), étant évident que cette possibilité n'était pas dans les cordes des Constituants de 1947. L'évolution des faits qu'on ne peut ni empêcher ni ignorer, toutefois, possède une force normative difficile à ignorer. C'est ainsi qu'un cas très particulier s'était présenté : un des membres d'un couple avait changé de sexe pendant le mariage. *Quid iuris?* Le mariage de gens du même sexe étant interdit en général, il aurait dû être entaché de nullité survenue? Cela n'aurait pas constitué un échec patent de la justice surtout lorsque les époux désirent garder leur lien familial ? La Cour constitutionnelle était donc défiée à maintenir son précédent au prix d'une injustice légale. Dans son arrêt (n. 170/2014) la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de la loi « dans la partie où » elle ne prévoit pas la possibilité pour les parties qui le désirent, de maintenir une forme de cohabitation autre que le lien matrimonial. « Cohabitation enregistrée » - l'appelle la Cour – dont la réglementation relève de la compétence du législateur. Ça va sans dire, ladite décision a provoquée des commentaires très peu favorables. Il ne s'agit pas d'un arrêt de principe, car il est parfaitement inutile : un simple *flatus vocis*, un dénis de justice et un manque de courage face à une question controversée qui, en Italie, en aurait demandé un peu.

Autres fois, l'aptitude des juges fut ouverte à l'interprétation évolutive, surtout s'il s'agissait de se rapporter à une jurisprudence supranationale, voire européenne, poussant vers une évolution. Un micro-exemple est représenté par un arrêt récent concernant la transmissibilité du nom de famille de la mère aux enfants, à côté du nom du père. La loi a été déclarée inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'admet pas que les parents, en accord entre eux, puissent transmettre aux enfants, au moment de leur naissance, aussi le nom maternel (arrêt n. 286/2016, avec, encore une fois, le renvoie au législateur pour une réglementation complète de la matière). Un macro-exemple est constitué par l'interprétation donnée à certaines normes constitutionnelles en matière de droits se référant expressément aux citoyens (tels que la liberté personnelle, la liberté de manifester son opinion, le droit à la santé et à l'instruction, etc.) et que,

néanmoins, l'on applique sans contraste de principe aussi aux étrangers. La même chose concerne le principe d'égalité. Si on voulait essayer de rationaliser la jurisprudence de la Cour pour ainsi trouver une règle, on pourrait dire que si le cas est controversé, c'est l'intention originale du législateur (constituant) qui l'emporte; autrement, c'est l'interprétation évolutive.

4. Une mention particulière mérite un courant de la jurisprudence constitutionnelle qui, à raison du principe d'égalité, paraît porter atteinte soit à la notion de loi, soit à la séparation des pouvoirs. Assez fréquemment, depuis les années '90 du siècle passé, les lois sont déclarées inconstitutionnelles à cause de leur caractère général et abstrait, qui n'admet pas la nécessaire flexibilité pour faire face à la variété des cas de la vie. Ce sont les « automatismes législatifs ». A ce propos, la loi sur l'adoption établissait un écart entre l'âge des adoptants et des adoptés pouvant être de quarante ans au maximum. Une règle incontestable en soi-même : *adoptio imitatur naturam*. Incontestable, mais à la fois rigide et injuste dans le cas concret. Cela est, du moins, ce que la Cour constitutionnelle (arrêt n.303/1996) a retenu dans l'hypothèse où la règle n'avait pas été respectée pour un délai de temps très court (trois mois) et seulement par l'un des adoptants. En plus, l'enfant, qui était déjà en garde chez la famille, selon la loi il aurait dû en être séparé pour être adopté par un autre couple, ce qui aurait été contre son intérêt même. La décision de la Cour a été la suivante : « la loi est inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'admet pas que le juge puisse disposer l'adoption, considérant exclusivement l'intérêt du mineur, si la différence de l'âge de l'un des adoptants et de l'enfant à adopter, sous condition que la dite différence ne dépasse pas celle qui normalement s'écoule entre parents et fils, si en résulte pour le mineur un danger sérieux et inévitable ». Je me souviens que, quand j'ai commenté cette décision à l'occasion d'un colloque au Conseil constitutionnel (il me paraît en 2001), Simone Veil, qui présidait la séance, exprima tout son étonnement en se questionnant sur quelle serait le sort de l'égalité devant la loi, du droit du législateur d'imposer sa vision des faits ; de la 'force de la loi', de la subjection du juge à la loi, de la séparation des pouvoirs ?

Et pourtant la décision que je viens de rapporter n'est pas une exception. Le modèle qu'elle propose – l'inconstitutionnalité des « automatismes législatifs » qui ne laisse guère place à une quelconque flexibilité gérée dans des hypothèses spéciales par les juges - a été critiquée toutes les fois où la loi générale et abstraite n'a pas été capable de prendre en charge les formes multiples de la vie sociale méritant d'être considérées du point de vue du principe d'égalité : celui-ci exige non seulement que les situations égales soient réglées également, mais aussi que les situations différentes soient réglées différemment (par exemple, en matière de restrictions à l'accès à l'emploi dans l'administration publique, du régime d'exécution des peines, de détention provisoire, de responsabilité pénale des mineurs, de privation de l'autorité parentale, de conditions pour l'accès à l'adoption, de détention de stupéfiants, d'exécution d'expulsion, de régularisation d'immigrés, etc.). Le phénomène est donc important et met en cause une

conception de l'Etat de droit, impliquant l'idée du juge comme simple exécuter de la loi : au contraire, on peut et même on doit déroger à la loi, quand le principe d'égalité, selon la dite conception « matérielle », l'impose.

C'est une révolution. Ce sont Platon et Aristote qui parlent à travers la jurisprudence de nos jours : Platon dans '*le Politique*' (294a): « La loi ne pourra jamais, rassemblant tout ce qui est très bon et très juste, prescrire au même temps précisément ce qui est mieux pour chacun [...] la loi vise plus ou moins à ce but, tel qu'un homme tyran et stupide ». Aristote, à son tour, à travers l'image de la règle de plomb utilisée à Lesbos (*Étique à Nicomaque* 113a) : « Quand la loi a parlé *in universalibus* et ensuite se produit ce qui ne rentre pas dans sa prévision, alors il faut considérer conforme à la loi la correction de l'omission et l'inclusion dans la loi de ce que le législateur aurait prévu s'il avait considéré le cas en question » (trad. non littérale). Afin que la loi plane harmonieusement et non arbitrairement sur les cas de la vie, il faut éviter les « automatismes ». La légalité, parfois, est contre la légalité, et c'est la légalité qui doit triompher. Bien sûr: beaucoup de problèmes pratiques et théoriques se posent mais, en tout cas, ainsi a parlé la Cour constitutionnelle.

5. La notion-clé, le passe-partout du contrôle de constitutionnalité des lois est la « *ragionevolezza* », qui exprime le caractère raisonnable du droit. Il n'arrive presque jamais qu'une disposition législative soit en contradiction ponctuelle avec une disposition constitutionnelle. Le plus souvent il s'agit d'un contraste entre une règle et un principe. La tâche du juge constitutionnel est d'établir si la règle est justifiable « de façon raisonnable » à l'égard du principe. D'une norme de principe ne découle pas nécessairement une seule règle mais un éventail de possibilités. C'est au législateur de choisir entre elles, selon ses orientations politiques. Que peut-il signifier le principe d'égalité, la garantie du droit au travail, l'inviolabilité de la liberté personnelle et le droit à la santé, la protection des bien naturels et culturels, la laïcité de l'Etat, etc.? Le droit constitutionnel italien abonde en normes de principe. Le principe inspirateur de tout le droit est sans doute l'égalité, une sorte de super-principe qui informe tout le reste, mais qui en même temps demeure indéterminé : qui sont « les égaux » et par rapport à quoi le sont-ils ? Le principe d'égalité ne dit pas que les situations égales doivent être réglées également, mais que les situations *raisonnablement* égales doivent l'être. La clé est alors dans l'adverbe et c'est à la Cour de l'employer en dernier ressort. Autrefois Leopoldo Elia, constitutionnaliste et ancien Président de la Cour constitutionnelle, a qualifié la Cour come « île de la raison dans le tumulte des passions ». Mais, à son tour, cette île de la raison risque d'être impliquée dans le tumulte si on en fait un usage téméraire.

Certains d'autres systèmes juridiques connaissent quelque chose de semblable : le contrôle de proportionnalité (le but de la loi est-il conforme à la constitution ; les moyens sont-ils cohérents avec le but ; d'autres moyens moins intrusifs

seraient-ils concevables ; la mesure de l'intrusion pourrait-elle être réduite sans préjudice pour le but ?). Le contrôle du caractère raisonnable est à la fois moins formalisé et plus large ; par conséquent, ses mailles sont plus ou moins larges selon la discrétion de la Cour constitutionnelle. Elle est souvent mise sous accusation pour avoir violé ce qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire du législateur. Pour cette raison, en vertu d'une sorte de pudeur constitutionnel, on préfère la formule négative à celle positive : contrôle sur le caractère manifestement non raisonnable de la loi : un escamotage qui évoque la prudence, le *self restraint* du juge de l'inconstitutionnalité.

6. On a toutefois essayé de proposer des classifications des types de jugement dans le grand espace entre la raison et l'arbitraire dans le droit. À mon sens, on peut s'orienter par le moyen d'une partition en trois: loi irrationnelle, loi non-raisonnable, loi injuste.

(a) La loi irrationnelle porte atteinte à l'unité du système juridique. «La cohérence entre les parties est une valeur essentielle du droit des pays civilisés, faute de quoi les normes qui en font partie se dégradent en troupeau sans pasteur (arrêt n. 204/1982). En bref : le législateur peut différencier, mais il doit le faire sans contredire les critères de valeur que lui-même a adopté dans des cas similaires. En ce sens, la rationalité intrinsèque est un *caractère formel nécessaire* du droit, en l'absence de laquelle le système juridique s'effondrerait. La jurisprudence fait référence au principe constitutionnel d'égalité mais, dans ces hypothèses , il suffirait une conception du droit comme système, conception *a priori* de possibilité de tout discours juridique. Le recours au principe constitutionnel d'égalité est un surplus.

(b) La loi non raisonnable porte atteinte aux valeurs matérielles prédominantes (droits et devoirs individuels, principes objectifs de justice) posées par des normes constitutionnelles ou, au moins supra-législatives. La rationalité consiste en la cohérence en elle-même, indépendamment des contenus ; la « *ragionevolezza* » consiste en la cohérence avec le contenu des normes transcendants. Elle exprime donc une force de conformation non formelle, mais matérielle. Du point de vue des valeurs, la rationalité est neutre ; la « *ragionevolezza* », au contraire, ne l'est pas. À la différence du contrôle de rationalité, le contrôle de « *ragionevolezza* » ne se borne pas à la négation, c'est à dire à l'annulation de la norme incohérente mais vise à la composition positive de la loi conformément aux principes et valeurs constitutionnels.

(c) Dans un paradigme différent se situe le contrôle de justesse de la loi. La sensibilité des constitutionnalistes « positifs » n'admet pas qu'un contrôle de ce genre ait lieu. Il met en cause, en effet, un niveau normatif qui concerne quelque chose de plus profond que la légalité, la légitimité du droit. Tout ce qui est positif, d'ailleurs, présuppose un fondement prépositif. La jurisprudence constitutionnelle (à partir de l'arrêt n. 91/1973, à propos de l'interdiction de

donations entre époux) parle souvent à ce propos de « irragionevolezza intrinseca » de la loi pour indiquer quelque chose qui heurte le sentiment de justice. Les lois qui n'ont aucune fonction sociale vérifiable sont expression du pouvoir pur et simple. Elles sont invalides en elles-mêmes du fait qu'elles sont contraires à la notion même du droit du temps qui est le nôtre, où le pouvoir de faire la loi (doit être) se justifie exclusivement au service de la vie sociale. On peut parler, dans ces cas, de vices de la fonction législative. Un exemple : il y avait en Italie, aux temps du terrorisme, une loi qui, dans certains cas, permettait la détention préventive pour une période de plus de dix ans. La Constitution dit que la loi doit prévoir un terme, pour empêcher les abus qui sont propres à un état de police. Un terme existait. Donc, du point de vue du droit constitutionnel positif, pas de problème. Mais, qu'est qu'il en est du point de vue de sa justesse ? La Cour constitutionnelle (arrêt n. 15/1982) rejeta la question, mais que provisoirement, c'est à dire en considérant les conditions temporelles extraordinaires d'ordre public, au delà des quelles la loi aurait été inconstitutionnelle.

7. Les trois cas d'inconstitutionnalité indiqués plus haut posent des problèmes à propos des techniques de la décision. En principe, le problème de la loi irrationnelle peut se résoudre par une décision simple et claire : son annulation. De ce fait, le tissu normatif se reconstituera par l'extension de la norme plus générale et abstraite au détriment de la norme qui lui faisait exception ou, si dans l'hypothèse où l'on a deux normes ayant la même étendue, par l'extension de l'une à l'autre. En tout cas, il ne s'agit pas du contrôle sur la loi irrationnelle, mais de la conséquence de ce contrôle.

Au l'inverse, le contrôle de la 'ragionevolezza' soulève le problème appelé du balancement des normes constitutionnelles, car sous les constitutions pluralistes – c'est-à-dire les constitutions qui s'inspirent à des principes pluriels et fréquemment divergents – normalement il y a plusieurs de ces principes qui sont concernées dans la solution du même cas. Comment faire autrement alors que de les mettre en balance pour trouver un équilibre entre eux ? Normalement, cette opération implique des évaluations politiques et relève donc de la compétence du législateur. La Cour constitutionnelle doit se borner à la 'irragionevolezza' manifeste : la loi est inconstitutionnelle si elle n'a pas considéré quelques uns des éléments constitutionnels qui doivent entrer en équilibre avec les autres. L'exemple plus simple et plus claire est l'arrêt (n. 27/1975) qui a déclaré inconstitutionnelle la norme du code pénal sur l'interruption volontaire de la grossesse à cause de son caractère indiscriminé : la norme ne prenait pas en considération les droits de la femme enceinte qui se trouve en condition d'urgence médicale et sociale. Le balancement entre le statut de l'enfant à naître et les droits de la mère potentielle a été établi, selon les choix du législateur, sur lesquelles d'ailleurs la Cour pourrait revenir si quelqu'un l'interpellera de nouveau. En matière d'élections politiques, la Cour (arrêt n. 1/2014) a déclaré non conforme à la Constitution la loi qui prévoyait un « prix de majorité » sans établir un seuil minimal pour l'obtenir. La stabilité de la majorité parlementaire

aurait dû être mise en balance avec le caractère représentatif du Parlement. Successivement (arrêt n. 35/2017), ayant une loi établi le seuil du 40%, la Cour a estimé qu'un équilibre 'non déraisonnable' avait été atteint. C'est un choix contestable, mais la contestation est de nature politique, non juridictionnelle.

Dans d'autres cas, la Cour constitutionnelle ne renvoie pas le problème du déséquilibre au législateur mais elle intervient directement pour équilibrer la loi. Nous avons déjà rencontré les décisions dites 'additive' – la loi est inconstitutionnelle dans la partie où *elle ne prévoit pas ...* La Cour crée la partie de la norme qui fait défaut, en vue de l'équilibre constitutionnel. Dans une certaine façon, elle exerce une fonction législative positive qui entre en collision avec le pouvoir législatif et la séparation des pouvoirs. En ce qu'elle comporte, ce type de décision, ayant une origine exclusivement prétorienne, a été contestée. Néanmoins, elle s'est affirmée très largement dans la pratique. Du côté de la Cour, la défense de cette pratique a été motivée par la théorie des « rimes plates » : la norme introduite par la Cour ne serait pas réellement inventée par celle-ci mais serait plutôt exclusivement déduite de la Constitution. S'il n'y a pas de rimes, la Cour normalement refuse sa compétence, déclarant irrecevable la question et faisant la passe au législateur.

Le cas de la loi injuste, enfin, ne présente pas de spécificités sur le terrain des techniques de décision, annulation, addition, décision de principe, etc.

8. En ce qui concerne les droits constitutionnels dits positifs, à savoir les droits qui obligent l'Etat à des prestations en faveur des particuliers, le sujet qu'il faut aborder concerne l'omission du législateur et les remèdes possibles devant la juridiction, notamment la juridiction constitutionnelle.

Les droits positifs, et spécifiquement ceux qu'on désigne par l'expression assez vague de « droits sociaux » (droit à l'instruction, à la santé, à la sécurité sociale, etc.), en tant que « droits à une prestation » comportent l'allocation de ressources et l'existence de structures administratives qui, à leur tour, en vertu du principe de légalité, présupposent la loi. On peut avoir une obligation légale, c'est-à-dire conforme à la loi. Mais, peut-on imaginer que la loi, à son tour, soit obligée? La loi ne peut pas contredire la Constitution, mais peut-on également obliger le législateur à légiférer? Les droits positifs impliqueraient une obligation parallèle du législateur. On peut, bien sûr, affirmer théoriquement l'existence de cette obligation, mais qui jamais pourrait-il en sanctionner son manquement? Serait-il possible de citer en justice le Parlement, ou les députés qui y siègent? La doctrine, quelquefois, n'a pas hésité, mais sans résultat. La conclusion, en effet, est que le manque d'actuation législative des droits positifs demeure privé de remèdes juridiques. La politique y doit jouer son rôle. La juridiction ne peut pas s'y substituer ..

D'autres considérations sont possibles si la loi existe, les structures administratives ont été aménagés et les critères d'admission aux prestations

identifiés, mais la détermination de ces derniers crée des discriminations entre les catégories d'ayants droit. Dans ces cas, par l'intermédiaire du principe d'égalité et du caractère raisonnable des choix législatifs, l'extension de la protection des droits sociaux devient possible. Dans la matière du droit à la santé, s'il s'agit de prestations essentielles qui ne sont pas assurées par les structures sanitaires nationales, la jurisprudence a reconnu le droit au remboursement, à la charge du service sanitaire national, des coûts supportés à l'étranger

Une deuxième difficulté entrave la 'judiciarisation' des droits positifs, notamment des droits sociaux. Il s'agit de droits qui coûtent. Cependant, les disponibilités financières sont limitées et la décision des finalités auxquelles les destiner en voie prioritaire est un choix politique qui relève de la compétence du législateur. De plus, la Constitution, depuis une réforme de 2012, prévoit l'équilibre du budget, c'est-à-dire l'équilibre entre recettes et dépenses dans les comptes publics. Des limitations importantes se produisent envers la protection des droits constitutionnels « qui coutent ». L'équilibre des finances représente en tout cas la pierre de touche de la possibilité d'une garantie judiciaire des droits sociaux.

La jurisprudence constitutionnelle présente, sur ce point, un caractère plutôt casuistique dû à l'importance constitutionnelle des droits en question et de l'incidence prévisible sur l'équilibre des finances. S'il s'agit de garantir ce qu'on appelle le « niveau essentiel » de protection, la Cour adopte des décisions « additive » (arrêt n. 275/2016). Mais, au delà de ces cas, s'il s'agit d'élargir des prévisions en faveur de catégories de bénéficiaires en force du 'simple' principe d'égalité, la Cour renvoie ces déterminations au législateur.

L'équilibre du budget est mis en cause également lorsqu'il ne s'agit pas de nouvelles dépenses mais de réductions des revenus prévues par les lois fiscales, avec la conséquence de la restitution des sommes perçues illégalement. Dans un sens, le contrôle de constitutionnalité qui entraîne la diminution des recettes pose les mêmes problèmes que le contrôle des lois qui impliquent des nouvelles dépenses. La déclaration d'inconstitutionnalité de la loi, ayant normalement une portée rétroactive, impliquerait le bouleversement des comptes publics. C'est alors que la Cour constitutionnelle a adopté exceptionnellement une décision d'inconstitutionnalité exclusivement prospective et non rétroactive en prévoyant une consolidation de la situation financière pour le passé, mais avec défense d'y insister pour l'avenir (arrêt n. 10/1015). Le contrôle des effets temporels de ses propres décisions n'est pas néanmoins dans la disponibilité même de la Cour, étant établi par la Constitution : on peut s'imaginer combien de critiques ont été adressées contre cette jurisprudence qui, néanmoins, témoigne d'une difficulté réelle et évidente. Dans un cas semblable, peu de temps après (il s'agissait de la

déclaration d'inconstitutionnalité des normes qui bloquaient la péréquation de certains types de pensions, ayant des conséquences très lourdes sur les finances de l'Etat) la Cour n'a pas fait application du même critère de décision (arrêt n. 70/2015).

9. La garantie juridictionnelle des droits constitutionnels en Italie doit également tenir compte de l'intégration du système juridique dans le contexte européen, du côté soit de Strasbourg soit du Luxembourg. C'est ce qu'on appelle la « garantie multiniveau » des droits. La jurisprudence constitutionnelle a vécu trois périodes : en synthèse, celui de clôture, d'ouverture, et de précaution.

Clôture. Jusqu'à l'année 1984, le droit de la Communauté européenne était sur le même plan du droit législatif national. Il s'appliquait directement selon les prévisions des *Traités*, il pouvait déroger aux normes internes mais, à son tour il pouvait être dérogé par la loi successive. La prémisse étant la force de loi des deux sources de droit. Le droit de la *Convention européenne* des droits de l'homme, de son côté, était situé sur le plan législatif, l'adaptation du droit italien à la *Convention* ayant été faite par la loi ordinaire. Dans les deux cas, le principe implicite était l'autonomie, voir la souveraineté, du droit national.

Ouverture. En 1984 un arrêt de la Cour constitutionnelle a introduit un autre type de relation entre le droit des *Traités* et le droit italien (arrêt n. 170/1984). Les règlements européens appartiennent au système juridique communautaire cependant les juges italiens, en tant qu'organes du droit européen, doivent les appliquer directement selon les règles de ce système communautaire, question d'interprétation préalable incluse proposable par tous les juges, y comprise la Cour constitutionnelle elle-même (ordonnances n. 207/2013 et 241/2017). Le droit italien, en cas de non-conformité, est pour ainsi dire, mis de côté, endormi, soit qu'il soit antérieur, soit qu'il soit postérieur. Selon ce schéma, les systèmes juridiques sont deux, indépendants l'un de l'autre mais, en force du principe de compétence, le droit européen est en capacité de mettre hors jeu le droit national. L'image pourrait être celle des domaines communicants : si l'un d'eux (le domaine européen) s'élargit, l'autre (le domaine national) se retire ; si le domaine européen se retire, le domaine national s'élargit. Dans les deux cas, c'est au droit européen d'établir les mouvements respectifs.

En ce qui concerne le droit de la *Convention*, y comprise la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, à la suite de l'entrée en vigueur, en 2001, d'une réforme de la Constitution selon laquelle la loi doit respecter « les contraintes » imposées par le système communautaire et les obligations internationales (art. 117), la Cour constitutionnelle a statué (arrêts n. 348 et 349/2007) que le « bloc de constitutionnalité » résulte désormais intégré par le droit de la *Convention*. Cette intégration a été justifiée par la doctrine dite de la « norme interposée », dont la conséquence est que le droit national non conforme au droit de la *Convention* est

inconstitutionnel et que la Cour constitutionnelle a la compétence exclusive pour la relative déclaration.

Précaution. L'évolution citée aurait comporté l'abdication presque totale devant les juridictions européennes. Mais une réaction, pour ainsi dire, 'souverainiste' se manifeste dans la jurisprudence récente. En premier lieu, on a constaté que la traduction du droit européen en droit national nécessite d'interprétation et d'adaptation : en premier lieu cela est dû au fait que les décisions prononcées par la Cour de Strasbourg, étant casuistiques et appliquées à de situations nationales non nécessairement comparables, nécessitent d'une activité d'interprétation. Deuxièmement et surtout, les droits reconnus au niveau européen, au moment où ils s'insèrent dans le système constitutionnel national, doivent tenir compte de leur compatibilité avec d'autres droits ou avec d'autres exigences du système (par exemple, s'il s'agit de droits qui coutent, ils doivent considérer les compatibilités financières). Pour cette raison, la jurisprudence récente qui abonde de référence au droit européen reconnaît à soi-même le devoir de procéder au balancement avec le droit national. Troisièmement, au plus haut niveau, la doctrine des 'contre-limites', autrefois reléguée dans les traités de la doctrine, commence à se manifester dans des cas concrets. Le droit européen comporte des limites pour le droit national mais, si les principes essentiels du droit national sont mis en cause (les « principes inviolables » ou « suprêmes » de la Constitution) c'est le droit national qui oppose ses propres limites au droit européen. Une manifestation éclatante de ce type de réaction est l'ordonnance n. 24/2017 (affaire Taricco) qui a posé à la Cour du Luxembourg la question d'interprétation concernant un aspect fondamental du principe de légalité en matière pénale. Selon l'avis de la Cour italienne, la conception de ce principe au niveau européen violait l'état de droit. Une question qui apparaît d'interprétation, mais qui est en réalité un défi qui fait présager la possibilité d'une application de cette doctrine des contre-limites au cas où la Cour de l'Union confirmerait sa propre jurisprudence.

Les relations entre les différents niveaux juridictionnels sont donc loin d'être stabilisées. Elles souffrent de l'incertitude des perspectives de l'union politique et juridique européenne.