

Les nudges et le droit constitutionnel : une alliance prometteuse ou risquée ?

 nomopolis.org/en/nomopolis-01-les-nudges-et-le-droit-constitutionnel/

27 November 2023

Ylenia M. Citino
Quirino Camerlengo

Résumé

Cet article examine la compatibilité et les limites de l'approche nudge en droit constitutionnel. Il explore les ajustements nécessaires pour appliquer la théorie des nudges au niveau constitutionnel et les particularités de la communauté des acteurs constitutionnels. L'article analyse ensuite les incitations douces cachées dans la constitution, mettant en lumière les interactions entre les acteurs constitutionnels et les tentatives étatiques d'influencer l'autodétermination des citoyens dans le système des libertés constitutionnelles. Enfin, il aborde la validité de l'utilisation des nudges en droit constitutionnel en examinant les questions relatives aux pouvoirs de l'État, les droits et les libertés constitutionnelles, et les implications pour la démocratie et la protection des droits fondamentaux. L'article conclut que le nudging constitutionnel peut être un outil efficace s'il est utilisé de manière transparente et proportionnée, tout en respectant la valeur de solidarité et l'individualisme relationnel dans un système constitutionnel démocratique. Il met en garde contre une utilisation excessive qui réduirait la personne à un sujet d'expérience pour le « laboratoire législatif ».

Abstract

This article examines the compatibility and limits of the nudge approach in constitutional law. It explores the necessary adjustments to apply the theory of nudges at the constitutional level and the specificities of the community of constitutional actors. The article then analyzes the hidden soft incentives within the constitution, shedding light on the interactions between constitutional actors and state attempts to influence citizens' self-determination within the framework of constitutional liberties. Finally, it addresses the validity of using nudges in constitutional law by examining issues related to state powers, constitutional rights, and their implications for democracy and the protection of fundamental rights. The article concludes that constitutional nudging can be an effective tool when used transparently and proportionally while respecting the values of solidarity and relational individualism within a democratic constitutional system. It also warns against excessive use that could reduce individuals to subjects of experimentation in the legislative laboratory.

How to cite

Citino, Ylenia et Quirino Camerlengo. 2023. « Les « Nudges » et le Droit constitutionnel : Une alliance prometteuse ou risquée ? ». *Nomopolis* 1.

I. AVANT-PROPOS

Depuis plusieurs décennies, une révolution cognitive est en marche dans les différents champs de la science sociale et le *nudging* commence à pénétrer les instruments d'action publique. Ce renouvellement a mis en lumière que la prise de décision humaine n'est pas parfaitement rationnelle. Elle suit à l'inverse des schémas particuliers qui affectent les comportements économiques et politiques.

Au moment de la mise en œuvre de la constitution et de la formulation des actes législatifs, il est de plus en plus reconnu que le législateur et l'interprète doivent prendre en compte non seulement les énoncés écrits d'une norme mais aussi les conséquences qui suivent son implémentation et les réactions des individus face à son entrée en vigueur. Dans cette direction, les nouvelles tendances de recherche visent à approfondir l'influence des acquis des sciences comportementales et des neurosciences sur les démocraties et les processus de décision démocratique (Kelly 2013).

Cet article vise à ouvrir les voies d'une réflexion sur une thématique encore largement inexplorée : la compatibilité et les limites de l'approche *nudge* en droit constitutionnel. Il est important de souligner que notre discussion se concentre uniquement sur les incitations mises en place par les acteurs de droit public au niveau constitutionnel, excluant ainsi toute réflexion relative au *nudging* réalisé par les acteurs de droit privé ou par les organes administratifs.

Dans un premier volet introductif (paragraphe II), nous esquissons le contexte de cette réflexion en faisant des considérations d'ordre général sur les *nudges* et leur définition. Dans le paragraphe III, nous allons entamer des réflexions d'ordre théorique afin de discuter les ajustements potentiels que la théorie des *nudges* devrait subir pour s'adapter au contexte du droit constitutionnel. Nous illustrerons également les particularités inhérentes à la communauté des acteurs institutionnels qui justifient ces ajustements. Il en suit des exemples pratiques tirés des expériences existantes, qui nous paraissent représenter des formes subtiles (ou cachées) d'incitations douces (paragraphe IV). À partir des cas présentés, nous abordons dans le cinquième paragraphe les principales difficultés inhérentes à cette attitude, telles que le défaut de transparence, le problème éthique lié à la manipulation des parlementaires, ainsi que le risque d'entraver leur liberté de décision et de mandat.

II. LES NUDGES ET LA NORMATIVITÉ

Il convient tout d'abord de contextualiser le nudging par rapport à l'idée de normativité : en effet, comme on le sait, les *nudges* sont basés sur l'idée de suggestion plutôt que de contrainte. Ils visent à maximiser la perception d'un avantage pour l'utilisateur au lieu d'utiliser la peur de la sanction comme justification pour obtenir sa coopération. Ils affectent donc la force coercitive d'une règle, la rendant moins contraignante (Emeric 2017), ce qui pose des problèmes de compatibilité avec le langage des dispositions normatives, qui n'est pas fait pour décrire des faits ou constituer une narration. Une norme est telle parce qu'elle « ordonne, interdit ou autorise des actions possibles sur le mode conditionnel » (Pfersmann 2019 : 172). Au contraire, l'objectif des *nudges* est d'influencer les comportements de manière subtile en « adoucissant » les relations entre les administrations et les individus pour favoriser le passage d'un rapport d'obéissance à un rapport de coopération volontaire.

Cependant, imaginer le *nudging* comme un ensemble de mécanismes exclusivement projetés vers l'altruisme, ayant comme finalité celle d'attirer l'individu vers son bien-être, nous semble défailant. Il est inévitable, en effet, contrairement à ce que croient ses partisans, que cette technique peut être utilisée pour manipuler subtilement les choix des individus, même si cela n'est pas nécessairement l'intention initiale. Par conséquent, il serait plus correct d'interpréter ce phénomène sous l'angle « narcissique », puisque le législateur qui cherche à encourager ou à dissuader les choix de ses citoyens le fait afin de concrétiser efficacement ses propres priorités politiques dans le but d'obtenir des gains ou des économies. Un processus qui s'inscrit dans les plus récentes tendances à l'« assouplissement des textures de la normativité juridique » (Emeric 2017 : 5).

La perspective des professeurs américains qui ont théorisé le *nudging*, en revanche, se place dans un champ exclusivement individualiste en adressant une proposition politique modelée sur le système américain, ce qui peut ne pas être adapté à d'autres systèmes politiques. La transposition du *nudging* dans le contexte du constitutionnalisme européen exigerait à l'inverse de repenser ses fondements théoriques en gardant à l'esprit l'objectif de promouvoir en premier lieu le bien-être de la communauté et le bon fonctionnement de l'État.

Il convient de souligner que la notion de *nudge* elle-même n'est en rien pacifique. L'intense débat, à partir du travail de Hansen (2016 : 155) a permis de désagréger la notion originale dans ses composantes fondamentales, ce qui a généré une grande variété d'opinions. Ainsi, parmi les nombreuses théorisations, la distinction entre *nudges* manipulateurs et *nudges* informatifs est particulièrement intéressante du point de vue du droit constitutionnel. Elle permet de mieux identifier les nudges qui ont un impact plus remarquable sur la liberté individuelle (Russo 2022 : 135).

III. LE DÉBAT SUR LE *NUDGING* ET LE PATERNALISME LIBERTAIRE : PERSPECTIVES CONSTITUTIONNELLES

L'étude de l'approche *nudge* en droit constitutionnel implique l'évaluation de son impact sur les relations entre les institutions constitutionnelles ainsi que sur la capacité de ses membres à prendre des décisions éclairées.

Pour estimer la compatibilité du *nudging* avec les axiomes du droit constitutionnel, il faut dévisager les *nudges* comme une source de « normativité invisible » (Thibierge 2013) vu que « contrairement à la normativité d'une bonne part du droit, rendue visible et accessible par la publication et la codification, certaines normativités restent en grande partie masquées. Sans toujours clairement les voir à l'œuvre, nous nous y soumettons au quotidien » (Ibid.).

L'intuition n'est pas nouvelle puisque Jeremy Bentham avait déjà envisagé la possibilité de gouverner sans recourir à la contrainte en se basant sur le principe d'utilité, qui était pour lui le moteur de l'action humaine (Bozzo-Rey 2016). D'après Engelmann (2003), il est intéressant de noter que Bentham, dans son traité sur *La législation indirecte* (1782) aussi bien que dans d'autres ouvrages, peut être considéré comme un précurseur de la théorie dans le cadre du mode de gouvernement libéral. Bentham suggère une méthode qui se concentre sur la capacité d'imposer des choix sans avoir à sanctionner, tout en stimulant indirectement la volonté de minimiser les pertes. Cette méthode repose sur la motivation des individus à maximiser leur propre intérêt, et leur disposition à suivre des règles si cela leur permet d'atteindre leurs objectifs personnels. La section suivante a pour objectif d'illustrer d'un côté les ajustements théoriques requis pour adapter la théorie des nudges à un contexte constitutionnel, et de l'autre les conséquences découlant de la prise en compte de la diversité des acteurs institutionnels.

A. Les ajustements nécessaires pour l'application de la théorie des nudges au niveau constitutionnel

La constitution représente le sommet de la hiérarchie juridique du « droit de l'État »^[1] (Kelsen 1945 : 126), établissant les règles suprêmes pour le fonctionnement du gouvernement. Son objectif principal est de restreindre l'exercice du pouvoir pour éviter son abus et ainsi garantir les libertés fondamentales (Schmitt 1928 : 60). Le pouvoir est d'ailleurs exercé dans un environnement institutionnel façonné sur le principe de la séparation des pouvoirs, conçu par Montesquieu (1748) et qui n'a jamais arrêté de susciter des réflexions (Friedrich 1950 : 173 ff.; Gwyn 1965; Vile 1967). L'essence de ce principe imprègne la constitution en encadrant les organes politiques dans des situations juridiques spécifiques et sert de base pour la codification des poids et contrepoids visant à éviter la toute-puissance des organes de l'État. Dans ce sens, on peut parler de rationalisation constitutionnelle du pouvoir (Mirkin-Guetzevich 1928).

Bien que le principe de la séparation des pouvoirs, modéré par la théorie de la balance des pouvoirs, ait connu des changements significatifs (Ackerman 2000) en raison aussi du processus d'intégration européenne (Lupo et Fasone, 2023 : 45 ff.), il demeure un élément

fondamental dans le discours constitutionnel. Lorsque les normes juridiques visent à garantir que les relations institutionnelles se déroulent de manière ordonnée et correcte, l'espace interstitiel est naturellement dominé par des règles non hiérarchisées qui régissent les relations de pouvoir de la sphère politique (Jennings 1960 : 7 ff.).

La constitution et les autres sources de droit qui régissent la forme du gouvernement peuvent atteindre un niveau de rigidité tel qu'il n'y a plus de risques d'un exercice arbitraire du pouvoir. Cependant, cette même rigidité peut avoir pour effet de figer une charte constitutionnelle et de la rendre de plus en plus vulnérable à des transformations tacites et à des réformes silencieuses, comme cela a été le cas au Canada (Guénette 2015). Or, cette « rigidité » semble à première vue éloigner le système institutionnel de la direction envisagée dans la théorie du *nudge*.

Y a-t-il une place pour des « poussées douces » dans le système constitutionnel dont l'aptitude fondamentale est d'endiguer le pouvoir pour éviter les inondations au détriment des libertés fondamentales ? L'architecture des choix n'est-elle pas structurellement différente de celle érigée dans le système constitutionnel, où les marges de manœuvre sont fortement conditionnées, voire strictement contraintes par des préceptes juridiques impératifs ?

L'inconciliabilité des deux attitudes serait évidente si l'on ne tenait pas compte du rôle fondamental que, même dans le système constitutionnel, l'« effectivité » joue sur les comportements des acteurs institutionnels. La renaissance des études sur les conventions, les coutumes et les pratiques constitutionnelles (Camerlengo 2022 ; 2015 ; 2002 ; Citino 2021) démontre cette prise de conscience sur l'effectivité en tant que critère de normativité d'une règle qui se rajoute à la seule validité (Chevallier 2018). Pourtant l'adaptation de la logique des « coups de pouce » au droit constitutionnel nécessiterait des études ciblées, pour vérifier la manière dont cette théorie peut se dévoiler à une communauté d'acteurs institutionnels restreinte et caractérisée par une dimension égalitaire et horizontale du pouvoir.

Nous avons déjà exposé que, grâce au *nudging*, les citoyens sont encouragés à passer de l'impulsivité à la rationalité pour corriger les erreurs de jugement. En droit constitutionnel, les acteurs institutionnels obéissent à une logique qui tient compte aussi de questions de stratégie politique, strictement conditionnées à la théorie des jeux (Camerlengo 2022). Malgré cela, les relations politiques s'écartent parfois du chemin de la rationalité à cause d'un ensemble de biais insurmontables (par exemple, la nécessité de prendre des décisions dans des délais restreints, l'inclination à ne pas trahir son électorat ou les groupes de pression de référence, l'attachement psychologique au pouvoir, etc.). La présence de tels mécanismes qui détournent la décision politique vers un choix impulsif est souvent source d'ingouvernabilité et de perte d'efficacité de l'action publique.

Cependant, il est possible de surmonter ou du moins d'atténuer l'apparente incompatibilité entre la constitution et le nudging en s'appuyant sur les enseignements de Sunstein. Dans son ouvrage consacré à l'analyse des liens entre la constitution et la démocratie (2001 : 331 et suivantes), le professeur de Harvard soutient que dans une démocratie délibérative fonctionnant selon les principes d'une bonne constitution, les conflits politiques sont résolus non seulement par le principe majoritaire, mais aussi grâce à un cadre institutionnel qui favorise les moments de réflexion et d'échange.

L'objectif ultime d'une constitution réside dans la promotion de cette confrontation dialectique entre des perspectives divergentes. L'idée sous-jacente à la démocratie repose sur le postulat selon lequel le bon fonctionnement des institutions ne dépend pas uniquement de la capacité de la Constitution à limiter le pouvoir. Il est essentiel que les processus décisionnels soient conçus de manière à ce que les choix qui en découlent ne soient pas considérés comme légitimes simplement parce qu'ils reflètent la volonté de la majorité au pouvoir. Toutefois, ce fonctionnement peut être compromis ou altéré par ce que Sunstein (2001 : 332) qualifie de « dysfonctionnement délibératif » dans de tels cas, le système de poids et de contrepoids devient encore plus pertinent.

L'interaction dialectique entre les diverses « raisons » et la disposition à adopter des approches novatrices en matière de gouvernance constituent des éléments clés d'une « bonne constitution », que la théorie du *nudge* peut contribuer à promouvoir et à encourager. De même, pour soutenir l'exercice du pouvoir constituant, les mécanismes visant à rationaliser le pouvoir à eux seuls pourraient s'avérer insuffisants.

Évidemment, si l'un des principaux objectifs d'une telle constitution est de fournir des solutions aux défis courants de la vie politique nationale (comme l'indique Sunstein en 2001 : 333), alors les constitutions démocratiques, en incorporant des « stratégies d'engagement pour l'avenir » (Sunstein 2001 : 333), sont également aptes à intégrer des méthodes nouvelles de régulation des pratiques institutionnelles. C'est dans cette optique que les « coups de pouce » – très prudemment – peuvent trouver leur place.

B. Les particularités de la communauté des acteurs constitutionnels

Dans sa dimension subjective, la théorie du *nudge* a été conçue pour guider les comportements d'individus libres (Sunstein 2014). Entre la simple méthode d'organisation d'un échafaudage des choix des individus et l'activité non transparente de manipulation des préférences il y a une zone grise (par exemple, Hansen et Jespersen 2013 : 6 introduisent une distinction épistémique entre les *nudges* transparents et non transparents, qui sert de base pour isoler l'utilisation manipulatrice des *nudges* des autres types d'utilisation). En fin de compte, il est légitime de douter de sa compatibilité avec les postulats classiques en matière de liberté individuelle (Mill 1859). Le système constitutionnel, quant à lui, présente d'autres spécificités qui peuvent conditionner le bien-fondé de la transplantation de cette construction théorique telle qu'elle est.

Il est vrai qu'une partie importante de la substance constitutionnelle vise à protéger les droits fondamentaux contre les abus du pouvoir public. Cette protection, donc, implique que les bénéficiaires soient également des individus libres. Les mécanismes de *nudging* peuvent engendrer, selon le point de vue, des facilitations ou des interférences sur la jouissance des dits droits. L'exemple du don d'organes est un archétype à cet égard (Thaler et Sunstein 2021 : 235).

En outre, le champ du droit constitutionnel concerne également l'« ingénierie » des structures institutionnelles de l'État. La politique se caractérise, donc, par un espace, défini et limité par les règles suprêmes, dans lequel des sujets libres interagissent pour façonner les priorités de la nation. Dans une démocratie représentative, tous les individus qui occupent des fonctions destinées à protéger l'intérêt général perdent leur autonomie individuelle au nom de l'intérêt général.

Concentrons-nous sur le mandat parlementaire : il s'agit d'une fonction publique dont la substance est fixée par la Constitution. Le principe de la liberté des membres du Parlement dans l'exercice de leur mandat, comme trait commun dans le droit parlementaire comparé, concourt à modeler cette fonction. Le dogme de la nullité du mandat impératif implique l'absence d'une relation représentative de type contractuelle avec son électorat (Deloye 2001 : 611), mais n'arrive pas à légitimer une liberté visant à la poursuite de ses propres intérêts. Il s'agit plutôt d'une condition de discrétion (plus ou moins large) et, en tant que telle, l'élu est appelé à servir les intérêts de la communauté et de la nation.

Néanmoins, il est impératif d'être extrêmement prudents lorsqu'on raisonne sur les interventions d'incitations qui garantissent de ne pas porter atteinte à la liberté de choix des bénéficiaires. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, les acteurs institutionnels jouissent d'une liberté qui diffère de celle des individus agissant en dehors de la fonction publique. Ces derniers prennent des décisions conformes à leurs propres aspirations et besoins, fixant ainsi eux-mêmes les objectifs de leur conduite. En revanche, les acteurs institutionnels prennent des décisions en vue de l'achèvement des intérêts hétérodéterminés de l'État, établis soit par la Constitution elle-même, soit par la loi.

Il est donc justifié de douter de l'applicabilité du *nudging* en raison de cette condition particulière des acteurs institutionnels. Cependant, c'est précisément la nature des fonctions exercées par les organes constitutionnels qui permet de concevoir cette pratique tout en apportant les ajustements nécessaires.

Les fonctionnaires ont pour mission d'exercer un pouvoir administratif en conformité avec la loi. Ils disposent généralement d'un pouvoir discrétionnaire, qui est toutefois limité par les finalités générales du pouvoir administratif. De même, les juges, bien qu'ils ne soient plus simplement considérés comme la « bouche de la loi », sont néanmoins soumis à celle-ci, qui contient des finalités propres définies par le législateur.

En revanche, les organes constitutionnels évoluent dans un environnement où la frontière entre la sphère politique et la sphère institutionnelle est souvent floue. Le contexte politique conditionne en grande partie les décisions prises par ces organes. Les relations inter-organiques se développent dans un champ où la liberté de choix que la théorie du *nudging* cherche à influencer s'exprime.

La singulière « communauté constitutionnelle » se caractérise en outre par d'autres qualités, notamment la dimension égalitaire et horizontale entre les institutions, résultant du système de contrepoids qui empêche la domination d'un pouvoir sur l'autre. De plus, elle se caractérise par la coïncidence entre le régulateur et le sujet régulé, ce qui définit les modalités d'organisation des relations institutionnelles et la répartition du pouvoir. Il est également essentiel de ménager un espace exempt de règles pour permettre l'articulation des jeux politiques et favoriser l'évolution d'une constitution « vivante ».

C'est précisément la qualité de la coïncidence entre le sujet régulateur et le destinataire des règles qui entraîne le risque d'autoréférentialité au niveau constitutionnel et d'un conflit entre intérêt public et intérêt personnel (où de son propre parti politique). L'avantage est cependant double. D'une part, il s'agit d'une architecture de choix érigée sur la base de l'expérience concrètement vécue par les « architectes » eux-mêmes. D'autre part, l'auto-production de *nudges* peut être comprise comme une prise de conscience de cette liberté politique que le droit constitutionnel a cherchée (plus ou moins) à maîtriser : une action de *nudging* qui vise à préserver l'autonomie et l'indépendance de choix des acteurs institutionnels et qui, en même temps, est elle-même l'expression de cette liberté.

Faire du *nudging* sur la prise de décision politique requiert, également, de tenir compte que celle-ci appartient à une catégorie particulière de décisions collectives reconnue comme ayant une nature et des effets juridiques dans un ordre publiciste. Seule une procéduralisation appropriée peut la rendre vraiment « démocratique », il faudrait donc évaluer si les *nudges* peuvent porter atteinte au circuit démocratique et dans quelle mesure.

Ainsi, le *nudge* en droit constitutionnel pourrait être admissible s'il opérait en poussant le sujet, qui agit de manière politiquement rationnelle, à agir également de manière efficace sur le plan institutionnel, en mettant de côté les particularismes et les intérêts politiques au profit des exigences supérieures de la coopération loyale et du bon déroulement des relations constitutionnelles. Dans cette perspective, le *nudging* peut être envisagé comme une technique complémentaire aux outils traditionnels de la constitution, qui visent à rationaliser le pouvoir.

En conclusion, il convient de noter que les différences entre la sphère politique et institutionnelle ont des contrecoûts significatifs sur l'applicabilité du *nudging*, et cela doit être pris en compte lorsqu'on envisage son utilisation dans le cadre du fonctionnement constitutionnel.

IV. ÉTUDE DE CAS SUR LES INCITATIONS DOUCES CACHÉES DANS LA CONSTITUTION

Pour évaluer si l'approche *nudge* peut avoir des effets exploitables, nous allons émettre des hypothèses sur des exemples « cachés » de « coups de pouce » que nous avons identifiés dans le droit constitutionnel. Nous testerons ces hypothèses sur des situations concrètes pour vérifier leur pertinence. Dans cette optique, ce paragraphe aborde les incitations indirectes identifiables dans la partie institutionnelle de la constitution ainsi que l'impact de certaines stratégies réglementaires sur les droits et libertés fondamentaux des citoyens.

A. Les interactions entre les acteurs de la constitution : des sources de nudges institutionnels

Un premier domaine où l'on pourrait trouver des règles visant à pousser doucement le comportement des différents acteurs politiques est, selon nous, le droit parlementaire qui, étant « l'ensemble des règles écrites ou coutumières que suivent les membres des assemblées politiques dans leur comportement individuel ou collectif » (Prélot 1961 : 491), est naturellement doté d'un caractère souple. En effet, il s'agit d'un droit particulièrement « élastique » et sensible aux exigences de la politique : expression de l'autonomie octroyée par la Constitution au Parlement, ces règles forment un espace où les enjeux politiques peuvent manifester leur liberté institutionnelle. Par suite, certaines normes écrites peuvent souvent être dérogées si tout le monde est d'accord (sur l'importance du principe du « *nemine contradicente* », voir Ibrido 2011). La force normative du droit parlementaire diffère des canons traditionnels des normes juridiques car elle repose toujours sur une sorte de coutume d'acceptation. Elle ne découle donc pas du fait que les normes soient écrites, car au contraire, de nombreuses règles sont le fruit de conventions et coutumes constitutionnelles (Camerlengo 2022; Meny 1989). Cela ne signifie pas que certaines règles écrites conçues avec la finalité d'orienter et favoriser le bon fonctionnement des assemblées parlementaires ne puissent pas acquérir un statut supérieur qui les rend moins (ou point) assujetties aux pratiques de dérogation.

Prenons l'exemple des règlements parlementaires en vigueur au Parlement italien. Ils prévoient l'institution du groupe mixte. Cela permet que les députés ou sénateurs qui n'ont pas déclaré leur intention d'appartenir à un groupe politique soient automatiquement appelés à rejoindre ce groupe (article 14.4 du règlement de la Chambre des Députés). À défaut de cette déclaration ils vont former ledit groupe même si au Sénat de la République il est possible de rester parmi les non-inscrits suite à la très récente révision du règlement intérieur. Si l'on considère cette norme comme une « règle par défaut »^[2], on pourrait être induit en erreur en pensant qu'il existe une faveur réglementaire pour le cas où les parlementaires n'appartiennent à aucun groupe. En réalité, cette forme potentielle de *nudge* semble fonctionner à l'inverse, car les parlementaires agissent en tant que figures politisées qui, pour être élus, ont nécessairement dû appartenir à un mouvement politique doté d'une certaine représentativité, compte tenu des seuils de représentativité.

Par conséquent, ceux qui adhèrent au groupe mixte le font généralement pour deux raisons : soit leur parti n'a pas atteint le nombre de sièges nécessaire pour former un groupe parlementaire autonome[3], soit des ruptures avec leur parti d'origine les poussent, avant même le début de la législature ou pendant celle-ci, à s'en éloigner pour rejoindre le groupe mixte.

Cependant, chaque parlementaire connaît bien les inconvénients liés à l'appartenance à un groupe qui rassemble des membres du Parlement professant des idéologies politiques différentes. Inconvénients de nature financière, car le groupe mixte dispose de ressources inférieures à celles des groupes politiques tout court ; de nature logistique, car les membres doivent partager les mêmes conditions d'installation matérielles et ressources humaines sans pouvoir se différencier ; enfin, il y a des inconvénients procéduraux qui conditionnent l'exercice des prérogatives parlementaires, en particulier en ce qui concerne la discipline de l'attribution des temps de prise de parole. Les composantes politiques mineures dans ce groupe ont, donc, moins de visibilité.

Les élus, conscients de ces désavantages, sont ainsi implicitement poussés à déclarer leur appartenance à un groupe politique pour éviter d'être marginalisés. Deux conclusions différentes peuvent être tirées de cela. Soit il s'agit simplement d'une règle d'organisation interne de l'assemblée, soit la règle exprime en réalité une précise intention du législateur. Elle ambitionne de favoriser la formation et la légitimation de groupes parlementaires en tant qu'organes internes qui reproduisent fidèlement les divisions partisans de l'électorat. Le but serait donc de rendre plus efficace le travail du Parlement à travers la médiation desdits partis politiques. Cela serait en ligne avec la valorisation des partis politiques que l'article 49 de la Constitution italienne vise à obtenir lorsqu'elle reconnaît qu'ils contribuent à « concourir, [...] à la détermination de la politique nationale ». Dans ce cas, nous sommes évidemment en présence d'une règle paternaliste.

Une confirmation de cette seconde conclusion semble provenir du premier paragraphe de l'article 14 du règlement du Sénat italien, qui stipule que « les sénateurs de droit et à vie, ainsi que les sénateurs à vie, dans l'autonomie de leur légitimation, peuvent ne pas faire partie d'un quelconque groupe »[4] : pour cette catégorie de sénateurs, donc, l'appariement politique est moins contraignant et, semblerait-il, moins souhaité[5].

En revanche, l'Assemblée nationale française soumet les groupes à une discipline légèrement différente. Selon l'article 19 du Règlement de l'Assemblée nationale (RAN), les députés « peuvent » se regrouper par affinités politiques et, à cette fin, ils doivent signer une déclaration politique remise à la présidence. Cette modalité entame une procédure très politisée, ce qui rend parfois malaisée l'adhésion des députés minoritaires. Toutefois, conformément au principe d'indépendance qui protège le mandat parlementaire, il est loisible aux élus de ne se rattacher à aucun groupe. Contrairement à la Chambre des Députés italienne, le Parlement français a opté pour l'absence d'un principe d'appartenance

obligatoire à un groupe : il est donc facultatif pour chaque parlementaire de rester « non-inscrit » (Article 22 du RAN), bien que les statistiques montrent que cela demeure une situation mineure (Avril, Gicquel et Gicquel 2021 : 146).

En outre, le Sénat français est encore plus spécifique, car l'article 5 de son règlement (RS) stipule que nul ne peut être contraint de faire partie d'un groupe. Parfois, les non-inscrits peuvent constituer un groupe mixte s'il y a suffisamment de membres apparentés, mais cela n'est pas non plus une obligation. Certes, d'autres possibilités sont également offertes, telles que se rattacher à un groupe existant uniquement « administrativement » ou, en dernier ressort, pour les sénateurs qui ne sont ni inscrits, ni apparentés, ni rattachés administrativement, de former une « réunion administrative représentée par un délégué élu en son sein » (Article 6.3 RS). Un moyen concret d'organiser les travaux parlementaires sans compromettre la juste application de principes tels que celui de la représentation proportionnelle.

Bien que l'on ne puisse nier que la discipline italienne vise probablement à renforcer les partis politiques au sein du Parlement, cela s'explique en partie par des raisons historiques liées à l'influence marquée des composantes politiques dans la rédaction de la Constitution. En revanche, lors de sa transition de la 4^{ème} République, la France n'a pas exprimé une intention spécifique de favoriser particulièrement les regroupements politiques de ses représentants, bien qu'elle reconnaisse l'institution des groupes politiques, une tradition commune dans les systèmes parlementaires.

Il convient donc de noter que l'incitation douce semble plus « décisive » dans le cas italien, puisque la « sanction » de l'appartenance au groupe mixte découle automatiquement de l'inertie du parlementaire à déclarer une appartenance politique autre que celle « par défaut ». Cependant, les élus français connaissent bien les désavantages de ne pas appartenir à un groupe politique, dont le plus important est la disproportion du temps de parole. Bien que des exemples supplémentaires puissent être cités sur les modalités de constitution des groupes parlementaires dans d'autres pays, les exemples comparés suffisent à donner l'idée des nuances du paternalisme à travers les règles parlementaires.

Parmi les actes parlementaires les plus exposés aux risques d'influences, on ne peut sûrement pas oublier également l'acte de voter. Pour Theriault, Hickey et Blass (2011 : 576), « institutional arrangements, including the committee system, rules, procedures, and opportunities for strategic voting, constrain members' votes ». L'appel nominal est un outil largement utilisé dans les Parlements pour les votations où il est impératif d'assurer l'honnêteté, ou bien la loyauté, du corps électoral. Cette procédure peut être interprétée de deux manières. Elle a l'air soit d'un *nudge* de type « informatif », car les électeurs qui suivent aux premiers votes, sachant les premiers résultats, sont incités à voter d'une certaine manière pour de raisons stratégiques, voire pour se conformer aux indications de leur parti ou de leur groupe d'appartenance ou pour s'en détacher si la stratégie de vote initiale a échoué. À côté de cela, il est possible d'identifier également le plus classique *nudge*

« social », parce que voter de manière publique et séquentielle favorise les comportements grégaires des parlementaires et « quand une personnalité connue exprime une opinion ou s'engage dans une action, elle adresse aux autres comme une forme de signal, de feu vert ou de permis d'imiter » (Thaler et Sunstein 2021 : 75).

Le processus de vote, et plus largement, la prise de décision des parlementaires, peut être influencé non seulement par les règles des procédures parlementaires, mais également par des mécanismes constitutionnels capables de persuader en coulisses ou par le biais de pressions plus manifestes. Parmi ces mécanismes, il est pertinent de mentionner le pouvoir de persuasion du Président de la République et de la Cour constitutionnelle. Dans les deux cas, l'utilisation du nudge ne se trouve pas dans des règles explicites, mais plutôt dans l'absence de règles formelles, ce qui a conduit à l'émergence de coutumes et de conventions conférant à ces organes constitutionnels une influence persuasive considérable.

Dans le premier cas, si l'on regarde la théorisation faite par Neustadt en 1960 ayant à l'esprit la Maison Blanche et mise à jour quelques décennies après (Neustadt 1991 : 29) la persuasion du président est plus efficace que son pouvoir de veto. Alors que dans le système américain, caractérisé par un « *government of separated institutions sharing powers* », cela dépend fortement de la popularité et de l'autorité d'un président qui est lui-même appelé à répondre à sa propre circonscription (*public prestige*), dans les régimes parlementaires, la force de persuasion du président est beaucoup plus subtile, car il joue un rôle différent. Il est, dans la plupart des cas, en dehors de l'arène politique, en position neutre mais non moins autoritaire.

Les pouvoirs d'influence « paternelle » du Président, développés et amplifiés par les conventions et la coutume constitutionnelle, n'ont pas toujours la même étendue : Giuliano Amato a vulgarisé à plusieurs reprises ce phénomène à travers la métaphore de l'« accordéon présidentiel » (*fisarmonica presidenziale*) pour expliquer le changement de force de persuasion d'un Président selon la conjoncture politique et sa personnalité. Par conséquent, l'efficacité de l'action de *nudging* est conditionnée par le rôle particulier que la Constitution attribue à cette figure (Chessa 2011).

Un autre exemple remarquable de *nudge* dissimulé au sein du droit constitutionnel peut être identifié dans l'action des tribunaux constitutionnels. Lorsqu'il s'agit en effet de remettre en question la constitutionnalité d'une loi, les juges suprêmes agissent en tant qu'architectes des choix. Cela devient particulièrement évident dans leurs conclusions, notamment dans les ordonnances de rejet, où ils insèrent des « avertissements », des recommandations à l'attention du législateur. Ces directives visent à orienter le législateur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qui ne peut en aucun cas être restreint par la décision de la Cour. Cependant, elles encouragent le respect de certains paramètres ou normes déduits de l'interprétation du texte constitutionnel, afin d'éviter d'autres déclarations d'inconstitutionnalité.

Enfin, un autre domaine propice à l'expansion des *nudges* est lié au développement technologique et à l'augmentation des interactions homme-machine. Il pourrait y avoir des *nudges* cachés dans le fonctionnement de ces technologies et, en particulier, dans les applications d'intelligence artificielle (IA) conçues par des sociétés privées à destination du secteur public. Comme nous l'avons observé dans une étude antérieure (Citino 2022), les logiciels pilotés par l'IA, élaborés pour une utilisation au sein du domaine parlementaire, présentent le risque non seulement d'orienter les choix des élus, mais également de les manipuler.

Prenons l'exemple des applications numériques de rédaction législative qui hébergent des fonctionnalités dites de recommandation (*recommender systems*), c'est-à-dire visant à suggérer directement dans l'environnement de rédaction les expressions de langage jugées les plus appropriées pour la formulation d'une norme, d'un amendement ou, en général, d'un document juridique (Jesse et Jannach 2021). Il s'agit de quelque chose de beaucoup plus que l'exemple du « bon » *nudge* identifié par Thaler et Sunstein dans l'utilisation de Gmail, lorsque le logiciel allait identifier le mot « pièce jointe » dans le texte du courriel et demander à l'utilisateur de la « joindre ». (Thaler et Sunstein 2021 : 121). La sélection des mots dans un texte juridique est une opération beaucoup plus délicate que la sémantique standardisée et simplifiée d'un logiciel d'intelligence artificielle : choisir un mot plutôt qu'un autre peut avoir des conséquences juridiques considérables, pouvant aller jusqu'à affecter le principe d'égalité et de non-discrimination.

B. Les tentatives étatiques d'influencer l'autodétermination des citoyens dans le système des libertés constitutionnelles

L'action publique dans des domaines sensibles ou risqués pour la collectivité, tels que la santé, la sécurité urbaine, la protection de l'environnement ou la circulation routière, où les droits fondamentaux sont en question, se déroule souvent à l'aide d'énoncés prescriptifs. Dans certains cas, il n'est pas assez de déployer des campagnes d'information pour les citoyens parce qu'il est vrai que, comme Thaler et Sunstein l'ont souligné dans de nombreux ouvrages, optimiser les choix en termes d'efficacité économique demanderait à l'agent d'être capable de calculer le rapport coût-bénéfice comme s'il était une machine intelligente.

En présence d'erreurs d'évaluation répandues, l'autorité publique doit être en mesure de mettre en place des actions supplémentaires que les partisans du paternalisme libertaire identifient dans les *nudges*. À l'inverse des plus simples *nudges* « émotionnels » – comme les images choquantes sur les paquets de cigarettes –, qui s'appuient sur les émotions des individus pour inciter un tel comportement (Flückiger 2010), les options dites de défaut sont réputées être encore plus efficaces car elles font le choix au lieu du destinataire. Cependant, elles s'avèrent les plus problématiques au niveau de leur compatibilité avec les valeurs constitutionnelles. Des règles structurées de cette manière existaient et continuent d'exister dans les systèmes nationaux, bien avant que la théorie des *nudges* ait été élaborée.

Par exemple, l'article 10.1 de la Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes du 13 Juin 1986, en vigueur en Belgique et modifié en 2012, stipule que « des organes, (...) destinés à la transplantation, (...) peuvent être prélevés sur le corps de (toute personne inscrite au registre de la population ou depuis plus de six mois au registre des étrangers,) excepté s'il est établi qu'une opposition a été exprimée contre un prélèvement ». L'article 4.1 de la Loi du 1^o Avril 1999, n. 91 sur les « Dispositions relatives au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus » en vigueur en Italie est encore plus accentué : « (...) la non-déclaration de volonté est considérée comme un consentement à la donation (...) ».

Une telle manière de prédisposer l'architecture des choix vise à obtenir des résultats spécifiques en termes de politiques sanitaires de L'État. En l'espèce, cela sous-entend rendre plus facile la transplantation d'organes pour sauver les vies d'autres patients (Abadie et Gay 2006). Sous l'angle du droit constitutionnel, elle impacte l'exercice d'un droit fondamental, très intime, la liberté d'autodétermination dans le champ sanitaire. Ce débat s'est d'ailleurs considérablement approfondi après le début de la pandémie de COVID-19, lorsque les législations d'urgence de nombreux pays, après le lancement des campagnes de vaccination citoyenne appuyées également sur des techniques de *nudging*, ont choisi d'imposer des obligations de vaccination afin de protéger la santé générale.

Or, les tribunaux constitutionnels en Europe ont soumis à leur scrutin la légitimité de certaines lois et décrets accusés de violer le principe d'autodétermination en matière de santé. Ce dernier a été décrit comme un droit à ne pas subir d'interférences. Il en découle, par exemple, que « dans la conception constitutionnelle, l'État a pour tâche de garantir les conditions d'exercice des libertés, pas de définir les comportements préférables pour l'individu » (Gagnani 2021 : 504)[6]. Dans certains États, comme l'Allemagne, ce droit trouve une reconnaissance constitutionnelle précise (van Aaken 2016 : 161-196). L'article 2.1 de la Loi Fondamentale stipule que « chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale »[7]. Dans d'autres pays, même en l'absence d'une disposition légale si expresse, un droit identique est protégé à la lumière d'une interprétation systémique-évolutive à partir du catalogue des droits existants (Mangiameli 2009 : 3).

En substance, donc, ce droit-cadre sert à la fois de limite aux lois ordinaires et de paramètre constitutionnel pour juger de l'admissibilité des interventions de l'action publique, à la lumière du contrôle de constitutionnalité.

Dans ce contexte, certains arrêts rendus par les tribunaux constitutionnels ont efficacement résolu le dilemme éthique entre liberté individuelle et santé publique à travers des raisonnements juridiques clairs. On peut prendre par exemple la récente décision n° 25 de 2023 de la Cour constitutionnelle italienne, dans laquelle les juges ont affirmé que l'obligation vaccinale imposée par l'État et les conséquences découlant de sa violation n'étaient ni déraisonnables ni disproportionnées, en raison d'un jugement d'équilibre. Le pouvoir discrétionnaire du législateur dans ce domaine, précise la Cour (point 7.3 en droit),

doit être exercé de manière compatible avec les conditions sanitaires et épidémiologiques établies par les autorités compétentes et les données médicales disponibles. Par conséquent, le législateur doit réaliser le meilleur équilibre entre la décision de restreindre l'autodétermination individuelle et la nécessité opposée de protéger la santé publique avec des traitements de prophylaxie sanitaire.

Ce raisonnement peut s'appliquer aussi aux cas où le traitement vaccinal, voire toute autre traitement sanitaire, n'est pas obligatoire mais seulement recommandé : souvent dans de telles situations, le *nudging* peut être utilisé pour encourager le traitement en offrant des incitations positives ou bien pour décourager la décision de refus à travers des formes de dissuasions.

Il en découle qu'un paramètre constitutionnel capital pour estimer l'admissibilité des *nudges* est la proportionnalité. Il a été expliqué que « pour autant que la mesure soit apte à remplir le but d'intérêt public qu'elle vise, il faut la comparer à diverses variantes d'efficacité semblable et opter pour celle qui porte le plus faiblement atteinte » (Flückiger 2018 : 224). Néanmoins, les incitations dissimulées posent des problèmes de compatibilité constitutionnelle avec l'idée de transparence de l'action de l'État. Si c'est de la *soft law* que l'État préfère mettre en œuvre, il faut, quand même, que le citoyen soit entièrement informé de ses effets.

V. À PROPOS DE LA VALIDITÉ DE L'UTILISATION DES NUDGES EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Ce travail a ouvert de nombreuses pistes de recherche, mais il est maintenant temps de tirer des conclusions concernant la validité des *nudges* en tant qu'outil employable dans le domaine juridique (Alemanno et Spina 2014). Par conséquent, nous nous efforcerons de conclure notre réflexion en abordant cette question à travers le prisme du droit constitutionnel, en continuant à appliquer la méthode binaire que nous avons adoptée jusqu'à présent. Dans cette optique, nous commencerons par évaluer les questions relatives aux pouvoirs de l'État, avant de nous pencher sur les droits et les libertés.

Pour déterminer si le *nudging* peut être un levier efficace et légitime de rationalisation du pouvoir dans le domaine constitutionnel, il faut prendre en compte les *biais* structurels qui existent à ce niveau.

Si l'on connaît bien l'environnement comportemental de base, on pourrait obtenir plusieurs avantages (à vérifier) : surmonter la résistance des sujets constitutionnels à adopter des comportements plus efficaces sur le plan institutionnel ; faciliter la résolution des conflits politisés qui ne sont pas soumis au scrutin des Cours constitutionnelles grâce à des mécanismes doux de promotion de comportements désirables; aussi bien que mieux comprendre les parcours de mutations à grande échelle du droit constitutionnel et estimer la performance des constitutions par rapport à d'autres.

En définitive, la rationalisation instaurée par la constitution par le biais de l'énoncé de principes et de règles contraignantes ne constitue pas un obstacle au recours au nudging, à condition que celui-ci ne compromette pas l'atteinte d'un équilibre raisonnable entre la stabilité des relations institutionnelles et la préservation de la libre expression de l'autonomie propre aux acteurs politiques. Dans le cadre du système constitutionnel, ces deux dimensions peuvent ainsi s'entrecroiser : la dimension classique déterminée par une certaine architecture institutionnelle où se déroulent les interactions entre les organes constitutionnels, et celle du « *nudging* constitutionnel », dont l'architecture de choix pourrait renforcer la structure constitutionnelle dans son ensemble.

Quant à la question des droits et des libertés constitutionnels, elle peut être vue sous l'angle d'un État qui s'abstient de toute intervention sur le libre exercice des droits de ses citoyens, au nom d'une supposée neutralité, et un État, par contre, qui agit pour poursuivre sa propre orientation politique dans des domaines sensibles. Il est clair dans ces deux cas que l'État interventionniste pourrait être intéressé à mettre en place des dispositifs d'incitation. Une telle attitude pourrait fournir aux gouvernements des stratégies supplémentaires pour influencer les individus dans des domaines à risque, d'incertitude ou de péril, tout en veillant à la protection des droits fondamentaux (Cassese 2016 : 241-246).

Pourtant, la question de savoir jusqu'où cette action pourrait être menée et quelles sont les limites précises de l'ingérence admissible dans la liberté individuelle est très débattue et doit souvent être résolue au cas par cas. Il est vrai que la théorie des *nudges* souffre d'un certain individualisme. Elle envisage la régulation comme une relation entre le sujet réglé et le sujet régulateur, toutefois, elle néglige les conséquences qui se propagent au sein du reste de la communauté. (Lepenies et Malecka 2015 : 428).

C'est la raison pour laquelle certains commentateurs observent que les *nudges* sont « difficilement intégrables dans les schémas traditionnels de conception des politiques publiques, [car ils] apparaissent comme un produit d'importation, indissociable d'une tradition anglo-saxonne » (Chevallier 2018 : 2) : une tradition imprégnée de libéralisme. Néanmoins, les systèmes constitutionnels des pays occidentaux ont intégré, bien que de manière différente et avec une intensité différente, une sorte d'« individualisme relationnel ». Certes, il ne coïncide pas avec les formes les plus modérées de communautarisme (Kymlicka 1991), mais il permet de valoriser la personne non seulement *uti singulus*, mais aussi *uti socius*, c'est-à-dire en tant qu'*homme situé*, inséré dans un réseau d'interactions avec les autres citoyens. Ainsi, l'action de *nudging* étant un paramètre pour en mesurer le bien-fondé et optimiser les effets espérés par les incitations douces, elle doit pouvoir se prêter à incorporer la valeur de la solidarité, condition indispensable d'un système constitutionnel véritablement démocratique (Rodotà 2014).

En gros, les guides fondamentaux de cette approche doivent être les mêmes principes cardinaux de l'État de droit, parmi lesquels, comme on a vu, il est possible de mobiliser le principe de proportionnalité, mais aussi celui de la rationalité législative. Un test de

proportionnalité, pas différent de celui qui s'inspire de la doctrine et de la jurisprudence constitutionnelle allemande (Van Aacken, 2015a), pourrait donc s'articuler autour de la liberté d'autodétermination de l'individu en tant qu'élément constitutif du « contenu essentiel » des droits fondamentaux (Häberle, 2005 [1993]).

Cela semble être la condition essentielle pour que l'on puisse parler de *nudgeability* (de Ridder, Kroese et van Gestel 2021) aussi au niveau constitutionnel : uniquement de cette manière, « quand ils n'impliquent aucune coercition, certains types de paternalisme devraient à notre avis être acceptables aux yeux des plus fervents défenseurs de la liberté de choix » (Thaler et Sunstein 2021 : 31). L'exemple des campagnes de vaccination, dont l'efficacité n'est pas scientifiquement certaine mais qui sont imposées au nom du principe de précaution, est significatif à cet égard.

Dans le périmètre tracé par la valeur de solidarité et l'idée d'un individualisme relationnel (ou modéré), il faut, tout de même, considérer des inconvénients, puisque de nombreuses études s'accordent sur l'efficacité subrepticement manipulatrice du *nudging*, qui implique une instrumentalisation des biais cognitifs des personnes, à l'opposé de la liberté d'autodétermination en tant que pilier du contenu essentiel des droits fondamentaux. Il en va de même, *mutatis mutandis*, pour les relations entre les acteurs institutionnels.

Certes, « le libre arbitre et la décision libre et éclairée ne seraient que des illusions, tout comme la rationalité des comportements humains » (Flückiger 2018 : 217). Néanmoins, une attention particulière pour la transparence des décisions de *nudging* (Ferraro 2021) pourrait réduire considérablement la zone grise entre un environnement comportemental incitateur et une architecture « de contrôle » des comportements, avant d'aboutir à une sorte de « *Brave New World of Nudging* » (van Aaken 2015).

Plus généralement, cette action de *nudging* constitutionnel, tant du côté de la forme de gouvernement que du côté des libertés fondamentales, pourrait, si elle est menée de manière prudente et proportionnée, redéfinir ces relations (entre acteurs institutionnels ; entre citoyens ; entre individus et autorités) dans une structure dominée par le principe de bonne foi et de confiance mutuelle, plutôt que par le modèle classique du pouvoir imposé par des instruments coercitifs. Cela nécessite une certaine capacité de la part de l'État à respecter un principe de neutralité, en évitant que le « perfectionnisme libéral » puisse justifier la prétention de l'État non seulement à « former la conscience des citoyens » mais aussi à « composer avec une pluralité antagoniste de visions du bien », à travers de la vraie « pédagogie de la raison publique » (Donegani 2011 : 11).

Sans aucun doute, « le droit constitutionnel lui-même a une fonction expressive, qui influence les gens même s'il ne les contraint pas » (Sunstein 2015 : 208). Tout cela suppose, en tout état de cause, que la personne demeure au centre des institutions et ne soit pas instrumentalisée à des fins prétendument supérieures. En substance, la théorie du *nudge* ne doit pas être poussée jusqu'à réduire la personne (titulaire d'une fonction publique ou d'une

liberté fondamentale) à un sujet d'expérience pour le « laboratoire législatif » permettant de tester des techniques innovantes de conditionnement humain. Il ne faut pas oublier l'avertissement d'Hannah Arendt, selon lequel « les sciences du comportement visent à réduire l'homme dans son ensemble, dans toutes ses activités, au niveau d'un animal conditionné et comportemental » (*conditioned and behaving animal*) (Arendt 1958 : 45).

Bibliographie

Abadie, Alberto, et Sebastien Gay. 2006. « The Impact of Presumed Consent Legislation on Cadaveric Organ Donation: A Cross-Country Study ». *Journal of Health Economics* 25 (4) : 599-620.

Ackerman, Bruce. 2000. « The New Separation of Powers ». *Harvard Law Review* 113 (2) : 633-729.

Alemanno, Alberto, et Alessandro Spina. 2014. « Nudging Legally : On the Checks and Balances of Behavioral Regulation ». *International Journal of Constitutional Law* 12 (2) : 429-56.

Arendt, Hannah. 1958. *The Human Condition*. Chicago : University of Chicago Press.

Avril, Pierre. 1998. *Conventions de la constitution*. Paris : PUF.

Avril, Pierre, Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel. 2021. *Droit parlementaire*. Paris : LGDJ.

Camerlengo, Quirino. 2002. *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*. Milano : Giuffrè.

Camerlengo, Quirino. 2015. « Entre le droit et la politique : l'actualité des conventions constitutionnelles ». *Revue française de droit constitutionnel* 101 (1) : 3-25.

Camerlengo, Quirino. 2022. « Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi ». *Consulta Online* : 1-61.

Cassese, Sabino. 2016. « Exploring the Legitimacy of Nudging », in Alexandra Kemmerer et al., *Choice architecture in democracies : exploring the legitimacy of nudging*. Baden Baden : Nomos.

Chessa, Omar. 2010. *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*. Napoli : Jovene.

Chevallier, Jacques. 2018. « Les Nudges dans la modernisation de l'action publique ». in M. Bozzo-Rey et A. Brunon-Ernst (dir.) *Nudges et normativités. Généalogies, concepts et applications*. Paris : Hermann.

Citino, Ylenia M. 2021. *Dietro al testo della Costituzione : contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*. Napoli : Editoriale Scientifica.

Citino, Ylenia M. 2022. « L'intelligenza artificiale applicata ai processi decisionali parlamentari: una griglia di funzioni e una stima dei rischi per la neutralità delle tecnologie ». *Rassegna Parlamentare* 3 : 629-674.

de Ridder, Denise, Floor Kroese, et Laurens van Gestel. 2021. « Nudgeability : Mapping Conditions of Susceptibility to Nudge Influence ». *Perspectives on Psychological Science* 17 (2) : 346-359.

Deloye, Yves. 2001. « Mandat impératif », in Pascal Perrineau et Dominique Reynié (dir.), *Dictionnaire du vote*. Paris : Presses universitaires de France.

Donegani, Jean-Marie. 2011. « Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme ? ». *Raisons politiques* 44 (4) : 5.

Emeric, Nicolas. 2017. « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 79 (2) : 5.

Ferraro, Francesco. 2021. « The Problem With Nudges : Paternalism, Autonomy, and Transparency ». *E-Pública* 8 (2) : 23-30.

Flückiger, Alexandre (dir.). 2010. *Émouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ? L'efficacité entre éthique et droit*. Genève : Schulthess.

Flückiger, Alexandre. 2018. « Gouverner Par Des « coups de Pouce » (Nudges) : Instrumentaliser Nos Biais Cognitifs Au Lieu de Légiférer ? ». *Les Cahiers de Droit* 59 (1) : 199-227.

Friedrich, Carl J. 1950. *Constitutional Government and Democracy*, Boston : Ginn and Company.

Gragani, Anna. 2021. « Nudging e libertà costituzionale ». *Dirittifondamentali.it* 1 : 498-517.

Gwyn, William B. 1965. *The Meaning of the Separation of Powers : An Analysis of the Doctrine From Its Origin to the Adoption of the United States Constitution*, The Hague : Tulane University.

Häberle, Peter. 2005 [1994]. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (dir. de Paolo Ridola) Carocci : Roma, IV éd.

Hansen, Pelle Guldborg, et Andreas M. Jespersen. 2013. « Nudge and the Manipulation of Choice : A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy ». *European Journal of Risk Regulation* 4 (1) : 3-28.

Hansen, Pelle Guldborg. 2016. « The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism : Does the Hand Fit the Glove? ». *European Journal of Risk Regulation* 7 (1) : 155-74.

Jennings, Ivor. 1964. *The Law and the Constitution*, London : University of London Press, 5 éd.

Jesse, Mathias, et Dietmar Jannach. 2021. « Digital Nudging with Recommender Systems : Survey and Future Directions ». *Computers in Human Behavior Reports* 3 : 1-14.

Kelly, Jamie Terence. 2012. *Framing democracy : a behavioral approach to democratic theory*. Princeton : Princeton University Press.

Kelsen, Hans. 1945. *General Theory of Law and State*, Cambridge : Harvard University Press.

Kymlicka, Will. 1991. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford : Clarendon Press.

Lepenes, Robert, et Magdalena Malecka. 2015. « The Institutional Consequences of Nudging – Nudges, Politics, and the Law ». *Review of Philosophy and Psychology* 6 (3) : 427-37.

Lupo, Nicola et Cristina Fasone. 2023. « La separazione tra poteri nei raccordi tra Unione Europea e Italia ». *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. 1 : 45-87.

Mangiameli, Stelio. 2009. « Autodeterminazione : diritto di spessore costituzionale? », in *Forum di Quaderni Costituzionali* 1-25.

Meny, Yves. 1989. « Les conventions de la constitution ». *Histoire Constitutionnelle* 50.

Mill, John S. (1859) *On Liberty*. London : Parker and Son.

Mirkine-Guetzévitch, Boris (1928) « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre ». *Revue du droit public et de la science politique*, 5-53.

Montesquieu, Charles de Secondat (Baron de). 1834 [1748]. *L'esprit des lois*. Paris : P. Purrat éditeurs.

Neustadt, Richard E. 1991. *Presidential Power and the Modern Presidents : The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*. New York : Free Press.

- Oullier, Olivier et Sauneron, Sarah. 2010. *Nouvelles approches de la prévention en santé publique : l'apport des sciences comportementales, cognitives et des neurosciences*. Paris : Centre d'analyse stratégique.
- Pfersmann, Otto. 2019. « Le droit est-il narratif, la narrativité est-elle juridique ? ». *Revue Droit & Litterature* 1 : 169-179.
- Prélot, Marcel. 1961. *La formation du droit des assemblées internationales*. Recueil des cours de L'Academie de droit International.
- Rodotà, Stefano. 2014. *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Roma-Bari : Laterza.
- Russo, Deborah. 2022. « L'approccio " nudge" nel diritto internazionale : una nuova frontiera del soft law ». *Osservatoriosullefonti.it* 2 : 132-144.
- Schmitt, Carl. 1984 [1928]. *Verfassungslehre* (trad. it., *Dottrina della Costituzione*). Milano : Giuffrè.
- Sunstein, Cass. R. 2001. *Designing Democracy : What Constitutions Do*, New York : Oxford University Press.
- Sunstein, Cass R. 2014. *Why Nudge? : The Politics of Libertarian Paternalism*. New Haven : Yale University Press.
- Sunstein, Cass R. 2015. « Nudges Do Not Undermine Human Agency » *Journal of Consumer Policy* 38 : 207-210.
- Thaler, Richard H. et Cass R. Sunstein. 2021. *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness. The Final Edition*. London : Penguin.
- Theriault, Sean, Patrick Hickey, et Abby Blass. 2011. « Roll-Call Votes », in G. C. Edwards, F. E. Lee, et E. Schickler (dir.). *The Oxford Handbook of the American Congress*. Oxford : Oxford University Press.
- Thibierge, Christophe et al. 2013. *La densification normative – Découverte d'un processus*. Paris : Mare & Martin.
- van Aaken, Anne. 2015. « Constitutional Limits to Paternalistic Nudging in Germany ». *Verfassungsblog*.
- van Aaken, Anne. 2016. « Constitutional Limits to Nudging : A Proportionality Assessment », in Alexandra Kemmerer et al., *Choice architecture in democracies : exploring the legitimacy of nudging*. Baden Baden : Nomos.
- Vile, Maurice J.C. 1967. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford : Oxford University Press.

[1] Traduction des auteurs.

[2] Sur les *nudges* comme « règles par défaut », voir le paragraphe IV, section B.

[3] Ou en dérogation, comme stipulé par l'Article 14.5 du règlement du Sénat et par l'Article 14.2 du règlement de la Chambre des Députés.

[4] Traduction des auteurs.

[5] Cela est d'ailleurs conforme à la logique qui sous-tend la nomination des sénateurs à vie, qui, conformément à l'article 59 de la Constitution italienne, sont nommés par le président de la République parmi les « citoyens qui ont illustré la Patrie par de très hauts mérites dans les domaines social, scientifique, artistique et littéraire ». De ces sénateurs, comme des sénateurs « de droit et à vie », dont font partie les anciens présidents de la République, on ne s'attend pas à ce qu'ils soient partisans : au contraire, ils sont choisis pour leur incontestable impartialité de jugement et leur autorité moral (pas spécialement politique, donc).

[6] Traduction des auteurs.

[7] Traduction du Deutscher Bundestag, éd. 2022, disponible en ligne (www.btg-bestellservice.de/pdf/80202000.pdf).

Authors

CITINO Ylenia M. : Postdoctoral Research Fellow, Luiss Guido Carli

CAMERLENGO Quirino : Professor, Université Milano Bicocca