

**MODÈLE CONCENTRÉ ET ANCRAGE DE LA CONSTITUTION
DANS L'ÉVOLUTION DU CONTRÔLE INCIDENT EN ITALIE :
CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES REMÈDES CONTRE LE REFUS
DE SOULEVER LA QUESTION PRÉJUDICIELLE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

Paolo PASSAGLIA¹

Introduction

La doctrine constitutionnaliste et comparatiste classe, sans trop d'hésitations, le système italien de justice constitutionnelle parmi les systèmes concentrés inspirés du modèle kelsenien : l'existence d'une Cour constitutionnelle est la manifestation la plus évidente et, en même temps, la plus indiscutable de l'option en faveur d'un modèle qui s'oppose aux systèmes diffus dont le prototype est celui des États-Unis.

On ne saurait contester une telle définition, qui peut compter sur trop d'arguments à l'appui et sur trop de partisans. Cependant, compte tenu de la pratique la plus récente (notamment celle des vingt dernières années) et des remarques que la doctrine en a déduit, il n'est peut-être pas trop aventureux de proposer quelques nuances à la définition courante, eu égard à l'origine du système et à l'évolution qu'il a connu.

Les connaissances de l'auteur de cette contribution rendent l'objectif trop ambitieux pour qu'il puisse être poursuivi en adoptant une approche visant à l'étude du système de justice constitutionnelle dans son ensemble, d'où l'opportunité, voire la nécessité, de choisir un point de vue spécifique qui puisse réduire la focale d'analyse. Le choix est délicat, car il s'agit de sélectionner un sujet qui soit à la fois suffisamment limité pour être maîtrisable et suffisamment révélateur pour suggérer, en guise de paradigme, des pistes de réflexion susceptibles de généralisation. Eu égard à l'objectif poursuivi, la question des fondements et des moyens offerts par le système afin de contester les décisions des juridictions ordinaires qui refusent de soulever devant la Cour constitutionnelle la question préjudicielle de constitutionnalité semble répondre à ces exigences. D'un côté, parce qu'il s'agit d'un aspect qui se situe au carrefour des domaines d'action respectifs du juge constitutionnel

¹ Professeur à l'Université de Pise, Coordonnateur scientifique pour le droit comparé du Service des Études de la Cour constitutionnelle de la République italienne. L'auteur tient à remercier le Professeur Roberto Romboli, pour ses suggestions et pour les échanges qui lui a accordé, et M^{me} Céline Torrisi, pour ses conseils et pour sa relecture du texte.

et des autres juges et, de l'autre, parce qu'il s'agit d'un élément-clef pour comprendre le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité incident, qui, à son tour, représente la pierre angulaire de la protection de la Constitution dans le système juridique italien.

Ainsi, dans le but d'identifier, ou tout du moins de chercher à identifier les nuances évoquées, nous traiterons du sujet des « remèdes » susdits dans une perspective générale, qui est – bien sûr – celle du système de justice constitutionnelle, mais qui implique, en amont, quelques éclairages sur la position et la perception de la Constitution au sein de l'ordre juridique.

Une telle approche, intégrant la question des remèdes contre le refus de soulever la question de constitutionnalité aux traits essentiels du système de justice constitutionnelle, nous permettra, non seulement de mettre en exergue les particularités (croissantes) du système italien, mais aussi de s'interroger sur l'impact que l'émergence de ces particularités produit sur la perception des remèdes et, plus généralement, sur la définition même du contrôle incident.

Tandis que le retour sur les fondements théoriques et textuels qui ont conduit les Constituants dans leur choix en faveur d'un système concentré et d'un contrôle incident de la constitutionnalité des lois comme modalité ordinaire de protection de la Constitution nous permettra de souligner la nature imparfaite de la protection d'un acte *sui generis* (I), l'analyse de la pratique nous conduira, quant à elle, à interroger les changements qui ont affecté le système de mise en œuvre du principe de constitutionnalité (II).

I. L'établissement du contrôle incident, protection imparfaite d'un acte *sui generis*

Lorsque l'État de droit devait être rebâti sur les ruines morales et matérielles laissées par les deux décennies de la dictature fasciste, les députés de l'Assemblée constituante ont, avant tout, rejeté les oppositions venant de deux grands courants de pensée bien présents au sein de l'Assemblée : d'un côté, le modèle légicentriste de la tradition libérale, soutenu, à droite, par un bon nombre de députés cherchant à instituer une continuité avec les institutions antérieures à 1922 ; de l'autre, le modèle légicentriste issu du jacobinisme d'inspiration marxiste, qui avait, à gauche, un grand nombre de partisans, au sein des Partis socialiste et communiste. Une fois opéré le premier choix, fondamental, en faveur d'un système de justice constitutionnelle, une deuxième option était requise, car il s'agissait de déterminer le type de système à mettre en place. À cet égard, la majorité des députés s'est prononcée en faveur d'un système de justice constitutionnelle fondé sur un organe spécifique unique détenteur du pouvoir d'annuler les actes du législateur qui méconnaissaient la Constitution. Afin de rendre effectif un tel pouvoir, l'accès à la Cour par le biais d'une question préjudicielle a été conçu comme le moyen ordinaire de saisine (A), ce qui a fait du « circuit juges-Cour » l'axe fondamental autour duquel le système a été façonné. Par conséquent, c'est principalement au moment où le fonctionnement de ce circuit s'enraye que l'efficacité du système de justice constitutionnelle et les moyens de secours prévus pour les cas d'un blocage doivent être interrogés (B).

A. Le contrôle concentré et le renvoi des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle

L'acceptation par les Constituants de la nécessité d'une protection juridictionnelle de la Constitution a été concrétisée avec les choix concernant le système de justice constitutionnelle à mettre en place. Ces choix ont abouti à l'adoption du modèle kelsenien, sans pour autant renoncer à une « hybridation » du modèle avec des caractères assez originaux, relatifs, notamment, au rôle central joué par les juges ordinaires (1). L'importance des originalités du système sont telles que l'effectivité du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs dépend en large mesure des conditions requises pour que les juridictions ordinaires puissent ou doivent saisir la Cour (2).

1. Un contrôle concentré à l'initiative diffuse

La prévision d'une Cour constitutionnelle, chargée – entre autres – du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, a permis la mise en place d'un système concentré, marquant, *de facto*, le refus d'un système diffus (a). Une telle option, toutefois, n'a pas empêché que la Cour constitutionnelle dépende largement, pour l'accomplissement de sa mission principale, des saisines provenant des juridictions ordinaires (b).

a. L'option en faveur d'un contrôle concentré de la constitutionnalité des lois

Les débats au sein de l'Assemblée constituante montrent des attitudes diverses vis-à-vis de la création d'un système de justice constitutionnelle. Si une partie considérable des députés, notamment issus de la gauche marxiste, contestaient l'idée même d'un organe chargé de contrôler le législateur, les partisans du contrôle étaient partagés entre une minorité qui prônait d'adoption d'un système diffus à l'américaine (dont un embryon avait été entrevu avant le fascisme²) et une majorité qui plaidait pour la création d'un organe spécialisé.

Cette solution s'est très vite imposée, eu égard, aussi, à son caractère flou : la mise en place d'un organe nouveau, laissant ouverte la question de sa configuration juridictionnelle ou politique, était acceptable, comme un moindre mal, même pour les députés communistes et socialistes.

La confrontation sur la nature de l'organe a conduit à l'élaboration de normes reflétant très clairement les suggestions de Kelsen, visant à confier la mission de contrôler les lois à un organe ne relevant ni du pouvoir législatif ni du pouvoir juridictionnel, mais indépendant de tout autre pouvoir³ : « la protection des principes de la Constitution [devait être] assurée par un organe qui, bien qu'indépendant du Parlement, considère les lois non seulement du point de vue des droits subjectifs

2 Sur la justice constitutionnelle italienne précédant l'avènement de la République et l'entrée en fonction de la Cour constitutionnelle, voir F. RACIOPPI, « Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi », *La legge*, 1905, p. 705 et suiv. ; A. PIZZORUSSO, « Garanzie costituzionali », *Commentario della Costituzione*, sous la direction de G. Branca, article 134, Bologne – Rome, Zanichelli – Il Foro italiano, 1981, p. 43 et suiv. ; F. ROSELLI, « Giudici e limiti al potere legislativo vigente lo Statuto albertino », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 476 et suiv. ; J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turin, Giappichelli, 1990, p. 190 et suiv. ; M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 27 et suiv.

3 Cf. H. KELSEN, « La Garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle) », *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, 1928, p. 197 et suiv. (voir, notamment, le paragraphe IV).

du citoyen, mais qui se situe au sein de la logique législative même, sans ne jamais perdre de vue la « raison politique » ; un organe, en définitive, lui-même situé dans une position intermédiaire entre les nécessités opposées de la constitutionnalité et de l'autorité légitime de la loi ordinaire »⁴.

La recherche d'un équilibre est bien représentée, en premier lieu, par les normes constitutionnelles relatives à la composition de la Cour, qui en font une instance dont les compétences juridiques des membres sont bien assurées, sans pour autant négliger leurs aptitudes à tenir compte de la situation politique dans laquelle les actes législatifs sont adoptés et celle dans laquelle ils sont contrôlés. D'un côté, la qualification juridique des membres de la Cour se traduit par des conditions assez sévères requises pour la nomination ou l'élection : « [L]es juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions supérieures, ordinaires et administratives, les professeurs d'université titulaires de chaires de droit et les avocats ayant vingt ans d'exercice professionnel » (article 135, alinéa 2, de la Constitution) ; de l'autre, la diversité des approches à l'égard du droit et de la législation, qui est en partie le résultat de la présence au sein de l'organe de magistrats, juristes universitaires et avocats, est renforcée par les autorités chargées de les nommer ou de les élire : « [L]a Cour constitutionnelle est composée de quinze juges nommés pour un tiers par le président de la République, pour un tiers par le Parlement réuni en congrès et pour un tiers par les magistratures suprêmes judiciaire et administratives » (article 135, alinéa 1^{er}).

Le refus d'une Cour qui soit trop proche de la politique et, en même temps, l'opportunité de la laisser assez distancée des juridictions ordinaires se manifeste, en second lieu, dans les dispositions concernant les attributions qui lui sont confiées.

Pour que la Cour constitutionnelle puisse accomplir la mission qu'on lui confiait, la prévision de voies d'accès efficaces était la première des conditions. À ce propos, les Constituants ont fait preuve d'une prudence extrême, qui a donné lieu à l'introduction d'un nombre très restreint – du moins si on le compare à celui d'autres cours et tribunaux constitutionnels européens – de recours dont la Cour peut être saisie. La Cour, en effet, n'exerce que quatre catégories de compétences : le contrôle de constitutionnalité « des lois et de actes, ayant force de loi, de l'État et des Régions » (article 134 de la Constitution) ; la résolution « des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et les Régions, et entre les Régions » (article 134) ; la résolution des litiges concernant les « accusations portées, aux termes de la Constitution, contre le Président de la République » (article 134 : avant la réforme apportée par la loi constitutionnelle n° 1 de 1989,

4 Cf. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente* (1979), Naples, Editoriale Scientifica, 2014, p. 75. À propos de l'élaboration des dispositions constitutionnelles concernant la Cour constitutionnelle, voir aussi G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1981 ; G. FERRARI, « La difficile nascita della Corte costituzionale », *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1988, n° 81-82, p. 5 et suiv. ; P. COSTANZO, « L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'assemblea costituente », in P. COSTANZO (sous la direction de), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Imperia, 12-13 maggio 1995, Turin, Giappichelli, 1996, p. 7 et suiv. ; C. MARGIOTTA BROGLIO, « La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano », *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 333 et suiv. ; G. VOLPE, « L'accesso alla giustizia costituzionale : le origini di un modello », in R. ROMBOLI (sous la direction de), *L'accesso alla giustizia costituzionale : caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Naples, Esi, 2006, p. 3 et suiv. ; G. BISOGNI, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Milan, Mimesis, 2012.

la compétence s'étendait aussi aux ministres) ; enfin, le contrôle de l'admissibilité des requêtes de référendum abrogatif (article 2 de la loi constitutionnelle du 11 mars 1953, n° 1)⁵.

Des quatre catégories, seule la première concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois⁶. Sans que l'on puisse négliger l'importance des autres, c'est évidemment à cette catégorie que l'on doit réserver une attention particulière, eu égard à son impact dans la mise en œuvre du principe de constitutionnalité et au nombre de saisines qu'elle a engendré.

L'encadrement du contentieux des actes législatifs par la Constitution est pour le moins lacunaire : dans le texte constitutionnel on a pris soin de préciser la qualification des pouvoirs propres à la Cour, sans pour autant entrer dans les détails de la procédure de contrôle et des voies d'accès.

Sur le premier aspect, l'influence de Kelsen est bien présente, notamment à l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution, aux termes duquel « [l]orsque la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une norme d'une loi ou d'un acte ayant force de loi, la norme cesse de produire effet dès le lendemain de la publication de la décision ». Il en résulte que la mission de la Cour n'est pas celle de légiférer, car aucune activité « créatrice » n'est prévue : l'influence sur la législation ne se produit que par l'annulation, d'où la qualification de « législateur négatif » qui est propre à la Cour et qui en caractérise l'activité, en la distinguant de celle du législateur : pour reprendre les mots de Kelsen, « [a]lors que le législateur n'est lié par la Constitution que relativement à sa procédure, d'une façon exceptionnelle seulement quant au contenu des lois qu'il doit édicter et seulement par des principes ou directions générales, l'activité du législateur négatif au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument déterminée par la Constitution »⁷.

En ce qui concerne la procédure du contrôle, la Constitution s'est limitée à deux renvois, l'un à une loi constitutionnelle qui « fixe les conditions, les formes, les délais dans lesquels des recours en inconstitutionnalité peuvent être introduits » (article 137, alinéa 1^{er}) et l'autre à la loi ordinaire pour qu'elle « fixe les autres règles nécessaires à l'organisation et au fonctionnement de la Cour » (article 137, alinéa 2).

Même pour ce qui est des voies d'accès à la Cour, la réglementation est loin d'être détaillée : dans son texte original, la Charte, à l'article 127, ne prévoyait que le recours abstrait et *a priori* du Gouvernement contre les lois régionales. À la suite de la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001, portant révision du Titre V^e de la Partie II^e de la Constitution, l'article 127 a été modifié. Il

5 Les compétences propres à la Cour constitutionnelle font l'objet d'une bibliographie qui est désormais impossible à maîtriser, tant le nombre de contributions est élevé. Pour ne mentionner que quelques ouvrages généraux parmi les plus récents, voir F. TERESI, *I giudizi della Corte costituzionale*, Bari, Cacucci, 2010 ; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milan, Giuffrè, 2012 ; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologne, il Mulino, 2012 ; S.M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2014 ; G. ROLLA, *La giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2014 ; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2014 ; G. AMOROSO – G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2015 ; E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2016. Ces ouvrages et manuels pourront offrir des références bibliographiques supplémentaires.

6 À l'issue d'une évolution jurisprudentielle marquée, notamment, par l'arrêt n° 457 de 1999 de la Cour constitutionnelle, les actes législatifs peuvent faire l'objet de conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, sous certaines conditions et réserves. Le sujet ne rentrant pas dans le domaine de cette intervention, on se contentera d'y avoir fait allusion. Pour plus de détails, voir, en français, P. PASSAGLIA, *Le Juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*, Saarbrücken, Éditions Universitaires Européennes, 2011, p. 66 et suiv.

7 Cf. H. KELSEN, *op. cit.*, p. 226.

prévoit, désormais, tant le recours (non plus *a priori*, mais *a posteriori*) du Gouvernement contre les lois régionales que le recours des régions contre un acte législatif de l'État.

Il est sans doute paradoxal qu'aucune mention ne soit faite de l'autre voie d'accès qui a toujours été et qui reste – malgré un recul significatif dans les quinze dernières années⁸ – le mode le plus utilisé pour saisir la Cour constitutionnelle du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, à savoir la question préjudicielle de constitutionnalité.

b. La question préjudicielle de constitutionnalité, voie d'accès privilégiée à la Cour

L'absence de toute référence au contrôle incident au sein du texte constitutionnel est peut-être le résultat de la méfiance, voire de l'aversion d'une partie considérable des députés à l'Assemblée constituante, vis-à-vis d'un organe qui serait appelé à contrôler l'œuvre du législateur. La difficulté d'arriver à un compromis sur les dispositions portant sur la Cour constitutionnelle est, d'ailleurs, très bien illustrée par les deux renvois précités à la loi constitutionnelle et à la loi ordinaire, opérés par l'article 137, issus d'un amendement présenté par Giuseppe Arata, député communiste, dont l'objectif était de bloquer ou, du moins, de retarder autant que possible l'entrée en fonction d'une institution que le secrétaire de son parti, Palmiro Togliatti, définissait comme une « bizarrerie ».

Ce n'est donc que par une loi constitutionnelle complémentaire adoptée par l'Assemblée constituante que le contrôle incident de la constitutionnalité des lois a été introduit. Il s'agit de l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 9 février 1948, n° 1, ainsi rédigé : « La question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte ayant force de loi [...] soulevée d'office ou par une des parties au cours du procès et non considérée par le juge manifestement à rejeter, est renvoyée à la Cour constitutionnelle pour qu'elle rende sa décision ».

La disposition était assez laconique pour laisser sans réponse un certain nombre de questions fondamentales, parmi lesquelles, notamment, celle qui concernait le rapport entre le procès en cours et la question de constitutionnalité : le caractère préjudiciel de celle-ci n'ayant pas été expressément reconnu, on aurait pu imaginer les solutions les plus diverses ; même l'idée du procès ordinaire comme simple occasion pour saisir la Cour de n'importe quelle question, indépendamment de tout lien avec le litige en cours, ne pouvait être exclue *a priori*. Trois aspects étaient néanmoins bien clairs : en premier lieu, l'initiative visant à soulever la question pouvait dériver de tout acteur du procès, et donc du juge comme des justiciables comme du parquet ; en deuxième lieu, le juge se voyait quand même réserver une compétence de filtrage, car c'était à lui que revenait le premier contrôle sur le fond de la question ; enfin – et surtout – la nature du contrôle était très particulière car le juge devait se limiter à constater que la question n'était pas dépourvue de tout fondement.

La nécessité qu'une loi (cette fois de rang ordinaire) précise les principes et les normes régissant le déclenchement du contrôle par voie d'une question préjudicielle n'était donc pas contestable. Ce sera la loi du 11 mars 1953, n° 87, qui mettra en œuvre les dispositions constitutionnelles portant sur

⁸ Sur ce recul, voir *infra*, II, A.2.a.

la Cour. Et, pour ce qui a trait au contrôle incident, l'article 23 mettra en exergue le caractère préjudiciel de la question de constitutionnalité par rapport à l'issue du litige en cours, qui « ne [pourra] être défini indépendamment de la décision sur la question de constitutionnalité » et qui sera suspendu à partir du renvoi de celle-ci jusqu'à ce que la décision de la Cour constitutionnelle soit rendue⁹.

Or, même si la loi de 1953 revêt une importance non négligeable, justement pour ces précisions et pour la consécration du caractère préjudiciel de la question de constitutionnalité (ainsi que pour la réglementation d'autres aspects de détail), il est clair que, dès 1948, le choix fondamental avait été fait : en l'absence d'un recours direct du particulier, le système italien de justice constitutionnelle connaîtra une seule voie d'accès ouverte à la généralité des justiciables et cette voie passera par la juridiction ordinaire¹⁰. En d'autres termes, le contentieux constitutionnel italien a été mis en place de manière à faire des juges (judiciaires ou administratifs) les « concierges » du Palais de la Consulta¹¹.

En effet, ce sont les juges qui ont, eux seuls, le pouvoir de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité : les justiciables doivent se limiter à évoquer, parmi les moyens introduits dans un litige devant le juge, celui ou ceux qui sont tirés de l'antinomie entre une ou plusieurs dispositions législatives et une ou plusieurs dispositions constitutionnelles ; mais il revient tout de même au juge de décider si l'antinomie dénoncée peut donner lieu à une question susceptible d'être soulevée devant la Cour constitutionnelle. L'activité des justiciables n'est donc pas suffisante, ni même nécessaire, compte tenu du fait que le juge peut soulever la question soit sur requête des parties soit d'office.

Or, afin que la question puisse être soulevée, le droit positif énonce deux conditions¹². L'article 23 de la loi n° 87 de 1953 prévoit, en premier lieu, que le procès en cours ne puisse pas être résolu

9 Sur le caractère préjudiciel du procès constitutionnel et sur la condition de « *rilevanza* » qui en dérive, voir M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milan, Giuffrè, 1957 ; G. ZAGREBELSKY, « La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, p. 1001 et suiv. ; F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, « Non manifesta infondatezza » e « rilevanza » nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milan, Giuffrè, 1972 ; V. ONIDA, « Note su un dibattito in tema di "rilevanza" delle questioni di costituzionalità delle leggi », *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 997 et suiv. ; N. TROCKER, « La pregiudizialità costituzionale », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 796 et suiv. ; F. DAL CANTO, « La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale », in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (sous la direction de), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, Turin, Giappichelli, 2001, p. 145 et suiv. ; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milan, Giuffrè, 2003 ; L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Naples, Jovene, 2012.

10 Le contrôle incident de la constitutionnalité des lois fait l'objet d'un grand nombre d'ouvrages et de contributions de la part de la doctrine italienne. Sans pouvoir présenter une bibliographie exhaustive, on doit mentionner, du moins, les suivants : G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano. Il sindacato incidentale*, Naples, Jovene, 1957 ; F. MODUGNO, « Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale », *Rassegna di diritto pubblico*, 1966, p. 221 et suiv. ; A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale. Gli elementi diffusi del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1988 ; CORTE COSTITUZIONALE, *Giudice a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1990 ; A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990 ; P. BIANCHI – E. MALFATTI, « L'accesso in via incidentale », in A. ANZON – P. CARETTI – S. GRASSI (sous la direction de), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Turin, Giappichelli, 2000, p. 13 et suiv. ; A.M. NICO, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007 ; S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Bologne, Clueb, 2007 ; L. DELLI PRISCOLI – P.G. DEMARCHI, *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologne, Zanichelli, 2008 ; N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Turin, Giappichelli, 2008 ; G.L. CONTI, « Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale », in C. DECARO – N. LUPO – G. RIVOSECCHI (sous la direction de), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Atti del seminario tenutosi a Roma, alla Luiss Guido Carli, il 18 novembre 2011, Turin, Giappichelli, 2012, p. 31 et suiv. ; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, Naples, Jovene, 2012 ; R. ROMBOLI, « Natura incidentale del giudizio incidentale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015 », *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 607 et suiv.

11 La définition, devenue célèbre, est de Piero Calamandrei (*La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padoue, Cedam, 1950, p. XII), éminent juriste qui a été membre de l'Assemblée constituante.

12 À ces conditions, une troisième s'ajoute. Il s'agit d'une création de la jurisprudence constitutionnelle, qui l'a déduite du système (cf. *infra*, II, A.2.a.).

indépendamment de la décision relative à la question de légitimité constitutionnelle. En d'autres termes, pour qu'elle puisse être soulevée, la question doit conditionner la solution du litige ou de la poursuite en cours. Il s'agit de la condition de « *rilevanza* », notion qui identifie directement le caractère préjudiciel des questions de constitutionnalité dont la Cour constitutionnelle est saisie, mais qui, au-delà de cette qualification générale, est assez difficile à traduire, car la jurisprudence constitutionnelle a elle-même proposé plusieurs définitions, allant de la nécessité que l'éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité dérivant de la question préjudicielle ait une « influence nécessaire » sur l'issue du litige en cours jusqu'à l'exigence que la disposition législative contestée soit applicable au procès devant le juge commun (ou, du moins, que le juge estime que la disposition s'y applique). Si la pratique la plus récente semble pencher vers cette dernière définition¹³, ce qui intéresse à présent est, surtout, que l'appréciation de la « *rilevanza* » de la question revient au juge commun, sans pour autant que la Cour constitutionnelle soit dépourvue du pouvoir de contrôler la décision du juge et, pour les cas les plus évidents d'erreur, même opposer une « irrecevabilité » de la question de constitutionnalité justement pour défaut de son caractère préjudiciel.

L'article 23 précité évoque aussi une seconde condition, qui réside dans la « *non manifesta infondatezza* ». Il s'agit d'une condition qui n'a pas toujours attiré l'attention qu'elle mérite, peut-être parce que l'intérêt s'est souvent concentré sur l'autre condition, qui paraît plus déterminante dans la définition des traits essentiels du système. Or, dans le but qui est propre à cette contribution, toutefois, une place tout à fait centrale est – semble-t-il – à reconnaître à la condition de « *non manifesta infondatezza* », ne serait-ce parce qu'elle contribue de manière décisive à mettre en lumière les particularités du système italien dans le contexte comparatiste et parce qu'elle pose des questions qui appellent des réponses permettant de donner des précisions importantes à l'égard des rapports entre la juridiction constitutionnelle et les juges ordinaires.

2. *Les conditions de fond requises pour soulever une question préjudicielle de constitutionnalité*

Le contrôle incident de la constitutionnalité des lois est fondé sur un filtrage préliminaire opéré par les juges ordinaires, impliquant, entre autres, un examen du fond de la question à soulever. Cet examen a été conçu comme rien plus qu'une appréciation très sommaire (a), ce qui peut poser, au niveau de la pratique, quelques difficultés à l'égard de la mission propre aux juges d'interpréter le droit positif (b).

a. *Le caractère « non-futile » de la question*

La « *non manifesta infondatezza* », condition de fond que le juge ordinaire doit prendre en considération afin de statuer sur le renvoi de la question de constitutionnalité, se traduit par l'exigence

¹³ L'assouplissement de la rigueur de la condition de « *rilevanza* » s'est très clairement manifesté lors du contrôle par la Cour de la loi électorale : cf. l'arrêt du 13 janvier 2014, n° 1, et le débat au sein de la doctrine qui en est dérivé (voir « Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005 », *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 629 et suiv. ; voir aussi R. ROMBOLI, « La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale : attenti ai limiti », *Foro italiano*, 2014, I, c. 677 et suiv. ; sur la question qui a déclenché le contrôle de la Cour, voir R. ROMBOLI, « La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale ? », *Foro italiano*, 2013, I, c. 1836 et suiv.).

que la question ne soit pas *manifestement* dépourvue de chances de donner lieu à une décision sur le fond qui déclare l'inconstitutionnalité des dispositions législatives dénoncées. En principe, l'exclusion des questions qui sont manifestement dépourvues de tout fondement implique que, pour pouvoir saisir à juste titre la Cour constitutionnelle, il suffit que le juge ait un doute – un simple doute – à l'égard de la conformité entre les dispositions constitutionnelles et les dispositions législatives applicables à l'espèce (ou, selon la définition que l'on donne à la « *rilevanza* », les dispositions dont l'inconstitutionnalité éventuelle influence l'issue du litige).

En d'autres termes, la loi n° 87 de 1953 avait pris le soin d'éviter que des questions « futiles », « frivoles » ou « téméraires » soient posées¹⁴. Il s'agit d'un choix assez particulier, d'un point de vue comparatiste, qui s'explique – semble-t-il – par le fait que lorsqu'on introduisait le contrôle incident comme le mode ordinaire de saisine de la Cour, on ne savait pas vraiment ce que celui-ci aurait pu devenir. Ceci augmentait considérablement les risques d'un échec, qui aurait mis à mal, non seulement le contrôle de la constitutionnalité des lois, mais aussi le système de justice constitutionnelle en général, d'autant plus que dans la situation italienne de l'après-guerre, l'éventail restreint des voies d'accès, combiné au quasi-monopole des juges ordinaires du pouvoir de saisine, cachait le risque que la justice constitutionnelle n'arrive pas à jouer un rôle significatif au sein de l'ordre juridique : l'œuvre d'épuration ayant été très partielle et superficielle¹⁵, un certain nombre de juges ordinaires se révélaient compromis avec le fascisme et, en tout état de cause, la grande majorité d'entre eux (dont surtout ceux qui siégeaient dans les plus hautes instances) avait achevé leurs études et s'était formé bien avant que les principes inspirateurs de la République se répandent dans l'ordre juridique en se substituant à la législation adoptée pendant la dictature. Autrement dit, le choix de laisser aux juges le pouvoir de saisir la Cour pouvait bien se révéler le moyen par lequel raréfier les questions soulevées, jusqu'à les rendre trop peu nombreuses pour que la Cour constitutionnelle puisse donner son empreinte au nouveau régime. La tradition hostile à tout empiétement des juges sur le domaine politique et même un passé caractérisé par des tendances légicentristes (atténuées seulement en raison du développement considérable des pouvoirs normatifs de l'Exécutif) autorisaient un certain pessimisme. Le fait même que l'article 101, alinéa 2, de la Constitution énonce le principe selon lequel « les juges ne sont soumis qu'à la loi » pouvait se prêter à des interprétations stérilisantes, quoique l'emploi du terme « loi » ne soit pas à rapporter à l'acte législatif, étant évidemment le vestige d'un positivisme radical qui définissait le droit en se référant uniquement au droit positif et qui assimilait l'essentiel de celui-ci à la production législative¹⁶.

14 Sur la condition de « *non manifesta infondatezza* », voir P. CALAMANDREI, « Sulla nozione di “manifesta infondatezza” », *Rivista di diritto processuale*, 1956, II, p. 164 et suiv. ; F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, *op. cit.* ; plus récemment, voir M. LUCIANI, « La non manifesta infondatezza come caratteristica oggettiva della questione di costituzionalità », *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3975 et suiv. ; G. SORRENTI, « La “manifesta infondatezza” delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero : una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità », in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (sous la direction de), *op. cit.*, p. 76 et suiv. Au cours des dernières années, la condition de « *non manifesta infondatezza* » a été étudiée par la doctrine en liaison avec l'interprétation conforme, sur laquelle voir *infra*, II, A.2.a.

15 Cf. P. CANOSA, *Storia dell'epurazione in Italia. Le sanzioni contro il fascismo 1943-1948*, Milan, Baldini & Castoldi, 1999 ; H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologne, il Mulino, 2008.

16 Cf. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto: contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Naples, Jovene, 2008.

L'expérience des premières années de « Constitution ... sans Cour » – que le législateur de 1953 ne pouvait évidemment pas négliger – offrait plus qu'un argument à l'appui des réserves concernant l'attitude des juges vis-à-vis des nouveaux principes constitutionnels¹⁷.

L'élasticité de la condition de « non-futilité » de la question de constitutionnalité était donc conçue, vraisemblablement, comme une soupape de sécurité, dans la mesure où elle augmentait les chances que des questions préjudicielles de constitutionnalité soient soulevées. Autant dire qu'en mettant en place le système de justice constitutionnelle, le législateur de 1953, eu égard au nombre limité des voies d'accès à la Cour (et notamment au défaut de tout recours direct des particuliers), comptait garantir le fonctionnement du système en facilitant, autant que possible, la tâche des seuls « concierges » du Palais de la Consulta.

Si la prévision permettant de soulever de questions de constitutionnalité qui puissent être qualifiées simplement de « non-futiles » a eu un impact majeur sur la pratique, en contribuant de manière déterminante à faire de l'Italie « la terre d'élection » du contrôle incident¹⁸, ses effets sur la structure du système de justice constitutionnelle ne sauraient être négligés.

Pour dégager une analyse sommaire de ceux-ci, il est peut-être utile de faire recours à la comparaison avec d'autres systèmes caractérisés par l'existence d'un contrôle incident.

L'exemple que l'on cite le plus fréquemment est celui de l'Allemagne, où la mise en place du système de justice constitutionnelle est à peu près contemporaine à l'Italie¹⁹. C'est directement la Loi fondamentale allemande qui esquisse – à l'article 100, paragraphe 1 – les traits essentiels du contrôle concret des normes, en réservant le renvoi de questions préjudicielles de constitutionnalité au cas où « un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle ». Le juge ordinaire allemand est donc censé saisir le Tribunal constitutionnel fédéral (dans le cas d'une antinomie se manifestant avec la Loi fondamentale) ou le tribunal constitutionnel du *Land* (si c'est la constitution du *Land* à être en question) uniquement lorsque son examen des rapports entre l'acte législatif et les dispositions constitutionnelles aboutit à la constatation d'une méconnaissance de celles-ci par celui-là.

La comparaison avec le cas italien est apparemment assez simple : alors que pour le juge italien un doute est suffisant pour soulever la question préjudicielle, le juge allemand doit être persuadé de l'inconstitutionnalité des dispositions législatives qu'il soumet au contrôle du Tribunal constitutionnel. Une différence majeure résulte ainsi de ce qu'il aux juges ordinaires est demandé et, en même temps, est permis.

17 À ce propos, voir P. COSTANZO, « Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993) », *Commentario della Costituzione*, sous la direction de G. Branca et de A. Pizzorusso, disp. trans. VII, Bologne – Rome, Zanichelli – Il Foro italiano, 1995, p. 143 et suiv. ; M. BIGNAMI, *op. cit.*

18 Cf. M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 58.

19 En raison de la quasi-contemporanéité de la mise en place de la justice constitutionnelle en Allemagne et en Italie, l'exemple allemand fera l'objet d'une attention particulière. À des remarques similaires se prête le système espagnol et même, du moins pour ce qui est des conditions pour soulever la question prioritaire de constitutionnalité, le système français. On fait référence, évidemment, au fait que la question ne doit pas être « dépourvue de caractère sérieux » (article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel français, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

L'approche différente a des répercussions qui ne sont pas uniquement « quantitatives », eu égard au nombre des questions qui sont soulevées. L'effet inévitable est que le nombre de questions préjudicielles est beaucoup plus important en Italie qu'en Allemagne. Cela est loin d'impliquer, pour l'Allemagne, une limitation de l'empreinte du juge constitutionnel : on a tendance à mettre en évidence le fait que le nombre restreint de questions de constitutionnalité se justifie par la possibilité offerte au justiciable allemand de saisir directement le Tribunal constitutionnel, une fois épuisés les remèdes juridictionnels ordinaires. Bien évidemment, par cette voie, la décision même par laquelle le juge refuse de soulever une question de constitutionnalité peut faire l'objet du contrôle du Tribunal constitutionnel²⁰.

Les remarques suggérées par la comparaison avec l'Allemagne pourraient assez facilement être généralisées à tous les systèmes ayant tant un contrôle incident des lois qu'un recours direct des particuliers contre les décisions de justice. Le cas espagnol, par exemple, est très révélateur, car même le Tribunal de Madrid, tout en ne pouvant pas contrôler la constitutionnalité des lois à la suite d'un recours d'*amparo*, est quand-même en mesure de vérifier si le refus de soulever la question de constitutionnalité a conduit à la méconnaissance d'un droit fondamental, et notamment de celui d'obtenir une protection juridictionnelle effective²¹.

b. Les rapports entre le renvoi et l'interprétation : un sujet initialement négligé

Le choix de subordonner le renvoi des questions préjudicielles de constitutionnalité à la condition qu'elles ne soient pas « futiles » poursuivait un objectif qui était sans doute méritoire. Dans la pratique, le moyen pour poursuivre l'objectif allait très vite manifester une efficacité incontestable ; cependant, sur le plan de la théorie, il ne pouvait pas cacher des difficultés qui n'auraient cessé de s'aggraver au fil des ans.

La comparaison avec le système allemand peut, à nouveau, aider à dégager les aspects principaux de cette difficulté.

Le juge ordinaire qui – comme est le cas du juge allemand – ne peut saisir le juge constitutionnel que lorsqu'il est persuadé de l'inconstitutionnalité de la disposition législative est un sujet auquel le système demande d'exercer à fond sa mission de sélection des dispositions et d'interprétation des dispositions sélectionnées²². Par conséquent, la question préjudicielle se situe à la fin de la phase qui

20 Une telle possibilité est à l'origine d'une différence majeure entre système italien et système allemand, sur laquelle, cependant, il n'est peut-être encore temps de s'arrêter : la possibilité pour la juridiction constitutionnelle de contrôler le bien-fondé du refus de soulever la question de constitutionnalité sera au cœur de l'analyse des particularités qui sont propres au système italien qui sera entreprise par la suite (sous-partie B). Le sujet ne sera pas, toutefois, abordé d'un point de vue comparatiste, car, justement en raison des particularités du système italien, la comparaison avec un système plus « complet », tel que celui de l'Allemagne, risquerait de n'avoir qu'un intérêt purement théorique.

21 Article 24, alinéa 1^{er}, de la Constitution : « Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes. En aucun cas, ce recours ne peut être refusé ».

22 Les rapports entre l'activité herméneutique et celle de sélection des dispositions (par le biais de l'application des critères de résolution des antinomies normatives) font l'objet d'une attention constante de la part de la doctrine italienne, notamment en raison du fait que la détermination de la disposition qui s'impose (en vertu des critères hiérarchique, de compétence, chronologique et de spécialité) requiert une interprétation de la disposition même qui puisse dégager des énoncés normatifs un contenu susceptible d'être analysé en rapport avec celui des autres dispositions susceptibles, en théorie, d'application. Cf., en ce sens, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 9 et suiv. ; R. BIN, « L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge », in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma 27-28 ottobre 2006), Naples, Jovene, 2010, p. 201 et suiv. ; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2^e éd., Padoue, Cedam, 2012, p. 135 et suiv.

précède l'application²³ et ne se concrétise qu'à la condition que le juge ne soit pas arrivé à éviter l'antinomie entre la loi et la Constitution à travers une interprétation de la loi, et notamment à travers une interprétation visant à rendre la loi *conforme* à la Constitution. Le texte de l'article 100 de la Loi fondamentale, précité, est loin de susciter des doutes à ce propos, justement parce que la locution utilisée (*auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig*), évoquant le fait d'être *parvenu* à une *décision*, implique l'achèvement par le juge de l'analyse juridique aboutissant à la détermination de la *norme*, c'est-à-dire de la règle à appliquer dans le cas d'espèce²⁴.

Par contre, si on demande au juge ordinaire, comme cela est le cas du système italien, de simplement constater que la question de constitutionnalité n'est pas futile, on évoque l'idée d'un jugement sommaire, qui se contente d'une appréciation au premier abord de la question, sans qu'on l'analyse en profondeur.

Or, « juger, c'est interpréter la loi » : l'adage, dont la formulation est vieille de quelques siècles²⁵, est sans doute évocateur de l'impossibilité de séparer n'importe quelle juridiction d'un pouvoir qui est inhérent à la mission du juge. Sans qu'il soit question, ici, de s'arrêter sur la critique des théories prônant une application mécanique de la loi, qui arrivaient à n'identifier dans le juge qu'un instrument de la loi, et notamment la bouche qui en prononçait les mots²⁶, ce qui est à constater est que la « superficialité relative » de l'activité requise au juge italien se répercute sur ce qu'on lui demande à propos de l'interprétation des dispositions législatives susceptibles de faire l'objet de la question préjudicielle.

Dans une perspective purement spéculative, en négligeant le caractère indéfectible de l'interprétation, on pourrait même être tenté d'exclure des tâches du juge ordinaire celle d'interpréter les dispositions : l'idée même d'un jugement purement sommaire, associée à l'objectif (ou, du moins, à l'opportunité) de faciliter l'accès à la Cour constitutionnelle, pourrait se traduire par la requête minimale de sélectionner les dispositions à appliquer au cours litige (ce qui est requis par la condition de « *rilevanza* ») et de s'assurer de ne pas faire « perdre du temps » à la Cour constitutionnelle en la saisissant de questions dont la solution est trop évidente pour ne pas être formulée sans aucune intermédiation.

Un tel encadrement, s'il peut paraître conforme à la structure d'un contrôle incident mis en place *en substitution* d'un recours direct, n'est toutefois pas défendable du point de vue strictement juridique. La décision même de soulever une question de constitutionnalité implique, en effet, que

23 Sur les rapports entre interprétation et application des dispositions, voir F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Naples, Editoriale Scientifica, 2011, p. 31 et suiv. ; F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 272 et suiv.

24 Dans la doctrine italienne, notamment sur la base du magistère de Vezio Crisafulli (« Disposizione (e norma) », in *Enciclopedia del diritto*, volume XIII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 195 et suiv.), la distinction est bien établie entre la *disposizione* et la *norme* : par la première on fait référence au texte de l'énoncé normatif, tandis que la seconde est le résultat de l'interprétation dont la disposition fait l'objet. Dans la suite, les deux termes seront utilisés « à l'italienne ».

25 Une attestation explicite est celle du sermon prononcé par William DICKINSON en 1619 : *The Kings Right: Briefely Set Downe in a Sermon Preached Before the Reuerend Iudges at the Assizes Held in Reading for the County of Berks. Iune 28. 1619*. Cf. J.-F. SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 157 et suiv.

26 La référence est, bien évidemment, à la définition de MONTESQUIEU (*De l'Esprit des Loix*, Genève, 1748, Livre XI, Chapitre VI), sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir (cf. *infra*, II, B.1.a.).

le juge ne se contente pas de sélectionner la disposition législative, car il devra nécessairement lui attribuer des contenus, pour qu'il puisse la qualifier d'applicable au litige. Encore (et surtout), le renvoi d'une question préjudicielle ne peut se faire qu'une fois que l'antinomie entre la loi et la Constitution a été pour le moins entrevue car, autrement, la question serait sans objet ; et pour que l'antinomie soit entrevue, le juge ne saurait éviter de déduire des contenus de la disposition qui fait l'objet potentiel de la question. Or, l'activité par laquelle le juge donne des contenus aux dispositions est tout simplement l'interprétation. De ce fait, avant de soulever n'importe quelle question de constitutionnalité, le juge italien est tenu d'interpréter les dispositions législatives, à l'instar de son homologue allemand. C'est justement à ce stade de l'argumentation que la solution pragmatique italienne s'avère porteuse de difficultés, car il est impossible de déterminer le moment où l'interprétation qui permet le simple jugement sommaire devient autre chose et fonde un jugement complet du fond de la question de constitutionnalité à soulever.

Force est de constater, donc, que l'impact du filtrage très élastique assuré par la condition de « non-futilité » s'apprécie moins du point de vue concret que sur le plan de la « philosophie du système ».

En d'autres termes, pour que le juge puisse déclarer la question « non-futile », il doit interpréter la disposition législative, mais comme l'activité interprétative n'est pas susceptible d'être segmentée (car l'alternative qui se pose est rigide entre, d'un côté, éviter la lecture même de l'énoncé normatif et, de l'autre, lui donner des contenus), avant de saisir la Cour constitutionnelle le juge doit arriver au bout de la phase interprétative, ce qui veut dire qu'il doit faire ni plus ni moins que ce que fait le juge allemand. La véritable différence n'est donc pas d'ordre « quantitatif » (c'est-à-dire liée au degré de profondeur requis pour soulever la question), mais plutôt d'ordre « qualitatif » : si en Allemagne rien ne s'oppose à ce que le juge expérimente n'importe quel canon d'interprétation, car le système requiert que la question de constitutionnalité soit le résultat de l'impossibilité d'arriver à une interprétation qui évite l'antinomie entre la loi et la constitution, en Italie le sujet n'est pas tranché de manière incontestable par le droit positif. Par conséquent, des théories diverses pourraient très bien se confronter. Le problème s'est présenté surtout à l'égard de l'alternative entre le renvoi de la question préjudicielle et l'interprétation de la disposition pouvant faire l'objet de la question de manière à la rendre conforme à la Constitution. C'est donc le domaine de l'« interprétation conforme » celui où les difficultés d'encadrement de la notion de « non-futilité » par rapport aux pouvoirs interprétatifs des juges ont imposé des solutions prétorienne visant à orienter l'alternative entre « soulever » et « interpréter ». Et, du point de vue comparatiste, les solutions qui ont été élaborées ne sont pas dépourvues d'originalité.

Avant d'aborder ce sujet, il convient, cependant, de terminer l'ébauche du tableau illustrant le contrôle incident tel qu'il se présentait au moment où la Cour constitutionnelle était mise en place, en soulignant notamment la défaillance du système des remèdes contre le refus de soulever une question de constitutionnalité.

B. Le système défaillant des remèdes contre le refus de soulever une question de constitutionnalité

Le rôle décisif qui est joué par les juges ordinaires dans le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité fait en sorte que la mise en œuvre du principe de constitutionnalité implique une collaboration étroite entre les juges et la Cour constitutionnelle. Le point sensible du système réside justement dans ces rapports, et en particulier dans la disponibilité des juges à saisir la Cour. Dans ce cadre, il est clair que le refus de soulever une question préjudicielle peut toujours constituer, en principe, une atteinte au bon fonctionnement du système. Par conséquent, on pourrait s'attendre un éventail de remèdes contre de tel refus. En fait, les remèdes s'avèrent assez peu performants, eu égard tant aux possibilités de saisir la Cour (1) qu'à celles de saisir d'autres juridictions (2).

1. *Les contestations devant la Cour constitutionnelle : les remèdes introuvables*

Organe député à protéger la Constitution, la Cour constitutionnelle est dépourvue de moyens pour se protéger elle-même vis-à-vis de décisions judiciaires qui la privent du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Ce paradoxe dérive, d'un côté, des limitations des voies d'accès à la Cour (a) et, de l'autre, d'une jurisprudence constitutionnelle qui est extrêmement prudente vis-à-vis du contrôle des actes juridictionnels (b).

a. *Les limitations par le droit positif : l'absence d'un recours direct des particuliers*

La notion même de système concentré de justice constitutionnelle paraît évoquer l'idée que la Cour constitutionnelle soit en mesure d'avoir le dernier mot dans les questions relatives à la constitutionnalité des lois²⁷. Cela impliquerait, vraisemblablement, le pouvoir de contrôler l'exercice par les juges de missions rebondissant sur les tâches de la Cour. C'est, du moins, ce qui arrive dans les systèmes où une voie d'accès directe à la juridiction constitutionnelle est offerte aux particuliers qui contestent les décisions des juridictions ordinaires. En effet, le recours direct permet à la Cour ou au Tribunal constitutionnel de vérifier si et dans quelle mesure les instances judiciaires, y compris les cours suprêmes, ont fait une application correcte de la Constitution, ce qui revêt un intérêt tout particulier lorsque parmi les griefs figure le refus de soulever une question de constitutionnalité. Le contrôle incident est ainsi complété par l'accès direct à la juridiction constitutionnelle, de manière à préserver l'indépendance des juges ordinaires tout en l'encadrant, grâce à la possibilité toujours ouverte de contrôler tout usage abusif de cette autonomie. Certes, dans un tel système la juridiction constitutionnelle risque de devenir une cour suprême supplémentaire, chargée de rendre la justice en dernier ressort, ce qui n'est peut-être pas tout à fait cohérent avec l'idée d'une juridiction spéciale pour la Constitution (en supposant qu'une distinction rigide soit réellement possible, sur ce point, entre la juridiction ordinaire et la juridiction constitutionnelle) : n'est peut-être pas sans

²⁷ On fait (et on fera) emploi de la notion de « dernier mot » dans un sens différent de celui qu'on lui attribue généralement : au lieu de faire allusion aux rapports entre la juridiction constitutionnelle et le législateur (ou le pouvoir constituant dérivé : cf., par exemple, L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 578, qui explique que « [l]a légitimité du juge constitutionnel tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot »), ici le dernier mot a trait aux rapports entre la juridiction constitutionnelle et les juridictions ordinaires, notamment pour ce qui est de la possibilité de soumettre les dispositions législatives au contrôle de constitutionnalité.

intérêt le fait que, dans les États ayant une taille démographique significative (et donc un nombre considérable de justiciables potentiels), les juridictions constitutionnelles qui sont appelées à juger les recours directs des particuliers doivent souvent gérer un contentieux très lourd, jusqu'à ce que des procédures spécifiques sont mises en place pour permettre des décisions en forme simplifiée des recours irrecevables²⁸. En contrepartie, le bénéfice le plus évident tient au fait que, dans la logique qui anime le système concentré de justice constitutionnelle, l'instance ayant la mission de protéger la Constitution est mise dans les conditions d'avoir effectivement le dernier mot sur n'importe quel litige relevant de l'application de la Constitution.

Le système italien ne partage pas une telle logique. Le contrôle concentré « à l'italienne » ne se caractérise pas, en effet, par la reconnaissance du dernier mot au profit de la Cour constitutionnelle. L'absence d'un recours direct des particuliers empêche la Cour de contrôler l'activité des juridictions ordinaires, dont l'indépendance n'est donc pas entourée de réserves : la Cour constitutionnelle est tout simplement externe – tant du point de vue de l'organisation que de celui des fonctions – à l'exercice du pouvoir juridictionnel ordinaire et elle ne peut donc pas superposer sa jurisprudence à celle de n'importe quelle autre instance judiciaire. Le résultat est que la Cour ne saurait être saisie quel que soit le grief, même si l'on contestait à la juridiction ordinaire un refus illégitime de soulever la question de constitutionnalité.

Le caractère concentré du système de justice constitutionnelle se résout, donc, principalement au monopole de l'annulation des dispositions et des actes législatifs qui est propre à la Cour ; par contre, rien n'assure que la Cour tranche un litige ayant une « portée constitutionnelle ».

L'absence de remèdes contre le refus de soulever la question de constitutionnalité est sans doute – nous l'avons déjà remarqué – un acte de confiance qui a été fait aux juges ordinaires et qui est tempéré par l'obligation de soulever toute question qui ne soit pas perçue comme « futile » : cet aspect du contrôle incident se confirme donc décisif afin de comprendre les choix des Constituants.

Or, sans que cela affecte de manière générale la confiance susdite, la classe politique et la doctrine italiennes se sont parfois interrogées sur l'opportunité d'introduire un recours direct des particuliers, qui puisse renforcer la protection des droits fondamentaux (et, par cela, même des dispositions constitutionnelles qui garantissent ces droits), grâce notamment à la prévision d'un recours qui puisse intégrer le système en assurant le droit au juge (constitutionnel) pour tous les cas où la pratique avait montré l'absence de voies d'accès à la juridiction ou les inefficiences des voies existantes : pour reprendre une métaphore courante, l'idée était celle d'éclairer les « zones d'ombre » du

28 À ce propos, la réforme de la Loi organique sur le Tribunal constitutionnel espagnol opérée par la loi organique 6/2007 du 24 mai 2007 est un exemple très significatif de l'exigence de mettre en balance la protection des droits fondamentaux et le bon fonctionnement d'une juridiction constitutionnelle. Pour un bilan de la réforme, en français, voir F. BARQUE, « La réforme du recours d'*amparo* en Espagne : évolution ou révolution ? Réflexions en guise de bilan », *Revue des droits et libertés fondamentales*, 2014, chron. n° 3 (www.revuedlf.com). Plus en général, sur les modalités de sélection des recours, voir S. NICOT, *La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle. Allemagne, Espagne, États-Unis*, Paris, Fondation Varenne – LGDJ, 2006.

système de justice constitutionnelle²⁹. La contestation du refus de soulever la question de constitutionnalité figurait, bien évidemment, dans la liste des zones trop à l'abri du soleil.

Si la classe politique s'est parfois penchée sur le sujet en proposant, par des réformes constitutionnelles (et notamment par des réformes organiques de la Constitution), un élargissement de l'éventail des compétences de la Cour constitutionnelle qui incluait même le recours direct des particuliers, une telle proposition n'a jamais été retenue, car seules les propositions de réforme dans lesquelles le sujet n'était pas abordé ont été adoptées.

Ce serait, bien évidemment, excessif de déduire de cette dernière circonstance un quelque lien de causalité sur la base de laquelle l'introduction éventuelle d'un recours direct aurait été un verrou pour n'importe quelle réforme. Cependant, on peut constater une résistance assez vive contre l'introduction de ce mode de saisine, qui a été manifestée par un nombre considérable de constitutionnalistes et surtout au sein de la Cour constitutionnelle même³⁰. L'opposition la plus retentissante a eu lieu contre la réforme constitutionnelle proposée en 1998, qui a été sévèrement critiquée par le Président Granata lors de l'entretien avec la presse qui se tient tous les ans pour discuter de l'état de la juridiction constitutionnelle et de la jurisprudence de l'année précédente³¹. Par la même occasion, mais quelques années plus tard, en 2005, une approche complètement différente vis-à-vis de l'introduction d'un recours direct a été exposée par le Président Onida³².

Les avis à propos d'un recours direct ont donc été partagés. Cependant, les voix critiques ont été globalement beaucoup plus fortes, en nombre et en intensité³³, que les voix favorables³⁴. Les critiques, d'ailleurs, ne manquaient pas d'arguments à l'appui, parmi lesquels deux étaient les plus fréquemment invoqués. Le premier était d'ordre pratique et avait trait aux risques très sérieux d'assister à un encombrement du rôle de la Cour, résultant de l'augmentation significative, voire spectaculaire

29 L'expression « zones d'ombre » s'est imposée, dans la doctrine italienne, à la suite de deux colloques organisés par l'Association « Gruppo di Pisa » : cf. R. BALDUZZI – P. COSTANZO (sous la direction de), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007 ; R. PINARDI (sous la direction de), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006, Turin, Giappichelli, 2007.

30 Les débats les plus anciens sont analysés par S. PANIZZA, « Il ricorso diretto dei singoli », in A. ANZON – P. CARETTI – S. GRASSI (sous la direction de), *op. cit.*, p. 81 et s.

31 Cf. *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale, Renato Granata, 11 febbraio 1998*, disponible en ligne à la page www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_485.do [10 juin 2016].

32 Cf. *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale, Valerio Onida, 20 gennaio 2005*, disponible en ligne à la page www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_264.do [10 juin 2016] : « je crois que l'on puisse dire que, généralement, les carences et les lacunes susceptibles de se produire dans notre pays à l'égard de la protection des droits dérivent, plutôt que de l'existence éventuelle de normes législatives lacunaires ou en conflit avec la Convention européenne, des incertitudes interprétatives ou des mauvaises interprétations des lois ou des dysfonctionnements de l'appareil [administratif ou juridictionnel] » ; ces défauts « nécessitent, afin d'être remédiés, plutôt que d'un contrôle de la constitutionnalité des lois, de moyens efficaces de protection dans les cas concrets, et donc du bon fonctionnement des remèdes juridictionnels : les remèdes de droit commun et, le cas échéant, le remède offert par un recours direct de constitutionnalité ».

33 Une position clairement contraire à l'introduction d'un recours direct des particuliers est celle de R. ROMBOLI, « La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia », *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Naples, Jovene, 2009, p. 1555 et suiv. ; voir aussi P. PASSAGLIA, « Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: il dibattito italiano », in R. TARCHI (sous la direction de), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Turin, Giappichelli, 2012, p. 323 et suiv. ; en français, voir M. LUCIANI – P. PASSAGLIA – A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI, « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale: à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe? – Rapport italien », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2004, p. 264 et suiv.

34 En ce sens, voir M. PATRONO, « Corte costituzionale, giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale (note in margine al ricorso diretto alla Corte) », in *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milan, Giuffrè, 1990, p. 13 et suiv. ; V. ONIDA, « La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale », in L. CARLASSARE (sous la direction de), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Padoue, Cedam, 1998, p. 177 et suiv.

des affaires à traiter. L'autre argument se concentrait davantage sur la nature du système de justice constitutionnelle : on faisait remarquer que l'introduction d'un recours direct aurait changé à jamais les rapports entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires, puisqu'en introduisant au profit de la première un moyen de contrôle de l'activité des secondes, le recours direct, probablement, aurait eu l'effet de faire pénétrer des éléments de tension dans un dialogue qui, tout en ayant connu des moments difficiles, avait abouti à des résultats remarquables du point de vue de la protection de la Constitution et de l'irradiation du principe de constitutionnalité dans l'ordre juridique.

*b. Les limitations par la jurisprudence constitutionnelle :
l'utilisabilité purement théorique des conflits d'attribution*

Si l'absence d'un recours direct des particuliers a des conséquences majeures sur la possibilité pour la Cour constitutionnelle de contrôler l'activité des juges, on ne saurait toutefois exclure de manière générale un pouvoir de contrôle du juge constitutionnel sur les arrêts rendus par les juridictions ordinaires. Parmi les voies d'accès à la Cour figurent, en effet, deux modes de saisine qui peuvent être utilisés à cette fin : les conflits d'attribution qui opposent l'État à une ou plusieurs Régions et ceux qui opposent des pouvoirs de l'État. Il s'agit de conflits par lesquels les parties demandent à la Cour de trancher des litiges concernant la répartition de leurs domaines de compétence respectifs, tels qu'indiqués par des normes constitutionnelles³⁵. L'objet des conflits est donc précisément l'attribution constitutionnelle, cependant les empiétements dénoncés sont, en général, la résultante d'un ou plusieurs actes adoptés par une autorité, dont on censure le fait d'avoir méconnu les compétences de l'autorité requérante devant la Cour, soit parce qu'on a exercé un pouvoir dont on était dépourvu (conflit dérivant d'une « usurpation » du pouvoir d'autrui), soit parce que l'exercice au concret d'un pouvoir propre à l'autorité s'est traduit par une atteinte à la compétence de la requérante (conflit dérivant d'une « interférence » avec le pouvoir d'autrui)³⁶.

Les deux catégories de conflits peuvent entraîner le contrôle d'un acte provenant d'une instance juridictionnelle, et notamment – à l'évidence – d'un arrêt³⁷. En ce qui concerne les conflits entre l'État et les Régions, comme la juridiction ne relève que de l'État, les seuls conflits ayant comme objet un acte juridictionnel sont soulevés par une ou plusieurs Régions. Et dans ce genre de conflits, les Régions ne peuvent pas contester l'usurpation d'un pouvoir qui leur est propre : la seule démarche possible est donc la contestation à l'État de l'empiétement sur les attributions (législatives ou administratives)

35 En général, sur les conflits d'attribution tranchés par la Cour constitutionnelle, voir A. PENSOVECCHIO LI BASSI, « Conflitti costituzionali », *Enciclopedia del diritto*, volume VIII, Milan, Giuffrè, 1961, p. 998 et suiv. ; A. PIZZORUSSO, « Conflitto », *Novissimo digesto italiano*, Appendice, volume II, Turin, Utet, 1981, p. 375 et suiv. ; S. GRASSI, « Conflitti costituzionali », *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume III, Turin, Utet, 1989, p. 362 et suiv. À propos des conflits entre l'État et les Régions, voir G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milan, Giuffrè, 1961 ; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milan, Giuffrè, 1984. En ce qui concerne les conflits entre les pouvoirs de l'État, voir A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milan, Giuffrè, 1992 ; R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milan, Giuffrè, 1996.

36 À propos de ces typologies de conflits, voir C. MEZZANOTTE, « Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, p. 110 et suiv. ; V. CRISAFULLI, « Cattivo uso del potere e confitto di attribuzioni », *Giurisprudenza costituzionale*, 1980, I, p. 220 et suiv. ; P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1999.

37 Voir, *ex plurimis*, pour le conflit entre l'État et les Régions, R. ROMBOLI, « Conflitto tra enti su atto giurisdizionale : le soluzioni della dottrina al vaglio della Corte costituzionale, nella perdurante latitanza del legislatore », *Le Regioni*, 2001, p. 397 et suiv., et, pour le conflit entre les pouvoirs de l'État, G. GEMMA, « Conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato e sindacato sugli atti giurisdizionali », *Rivista di diritto processuale*, 1997, p. 452 et suiv.

régionales découlant d'un exercice abusif du pouvoir juridictionnel. Pour ce qui est des conflits entre les pouvoirs de l'État, les possibilités s'accroissent, car n'importe quel pouvoir peut contester un acte juridictionnel qui a empiété sur ses attributions ou même qui a engendré une « usurpation de pouvoir », découlant du fait que le juge a exercé un pouvoir qui ne lui appartenait pas.

Du point de vue théorique, pourvu que la contestation se fonde sur une prétendue méconnaissance des attributions du requérant, rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre d'un conflit d'attribution, une Région ou un organe de l'État conteste l'exercice qui a été fait du pouvoir juridictionnel et qui a abouti à une décision qui aurait été différente si le juge avait soulevé une question préjudicielle de constitutionnalité. Autrement dit, la contestation du refus de soulever une question de constitutionnalité est bien envisageable, tout en étant limitée, cependant, aux cas où le refus se répercute sur une atteinte portée aux attributions de l'entité ou de l'organe qui a soulevé le conflit.

Si des possibilités de saisir la Cour existent, ce sont les chances d'avoir un jugement sur le fond qui font défaut ou, du moins, qui s'avèrent plutôt dérisoires. Dès 1964³⁸, la « Cour a jugé que même des actes juridictionnels, ou encore [des actes] instrumentaux inhérent à l'exercice de la fonction juridictionnelle, sont susceptibles de faire l'objet de conflits d'attribution [...], dans la mesure où l'on en conteste l'empiètement sur le domaine de compétence constitutionnellement reconnu [au] requérant ou la méconnaissance d'un tel domaine »³⁹. Cependant, « une chose est que l'atteinte dénoncée de la compétence [du requérant] découle du simple fait d'exercer la juridiction à l'égard d'actes ou de sujets que l'on considère hors de sa portée en vertu de normes constitutionnelles, autre chose est » – comme c'était le cas dans l'affaire en instance – « de censurer la façon dans laquelle la juridiction a été concrètement exercée, en dénonçant des erreurs de droit [*errores in iudicando*] que le juge [...] aurait encouru »⁴⁰.

Or, puisque la Cour constitutionnelle s'est déclarée dépourvue du pouvoir de censurer de simples erreurs de droit, qui ne se répercutent pas directement sur les attributions des requérants, on voit mal comment les conflits pourraient entraîner le contrôle du refus de soulever une question de constitutionnalité.

Une affaire emblématique à ce propos est l'ainsi nommée « affaire Englaro », qui a été à l'origine de l'arrêt (adopté dans la forme simplifiée de l'ordonnance) du 8 octobre 2008, n° 334⁴¹. Les deux chambres du Parlement avaient saisi la Cour pour contester un arrêt de la Cour de cassation et une décision de la Cour d'appel de Milan qui étaient censés avoir empiété sur les attributions législatives du Parlement, dans la mesure où ils avaient établi les conditions nécessaires pour arrêter la perfusion de nutrition et d'hydratation parentérale d'un patient en état végétatif permanent. Selon les requérants, les juridictions auraient statué de manière à modifier le droit positif et à se substituer

38 Cf. l'arrêt du 20 juin 1964, n° 66.

39 Le passage cité est tiré de l'arrêt du 27 décembre 1974, n° 289.

40 *Ibidem*.

41 Sur cette décision, voir G. GEMMA, « Parlamento contro giudici : un temerario conflitto di attribuzioni sul "caso Eluana" », *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3723 et suiv. ; R. ROMBOLI, « Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro : un caso di evidente inammissibilità », *Foro italiano*, 2009, I, c. 49 et suiv.

ainsi abusivement au législateur. Parmi les moyens évoqués, on observait que les juges auraient dû plutôt soulever une question de constitutionnalité ayant comme objet l'article du Code civil qui avait été par contre interprété de façon à permettre d'« écarter les normes législatives qui auraient empêché l'adoption de la solution » qui avait été adoptée en concret et qui se traduisait par l'élaboration d'une réglementation tout à fait nouvelle.

La Cour constitutionnelle n'a pas répondu spécifiquement sur le refus de soulever la question de constitutionnalité, mais la portée de son arrêt est quand même dépourvue de toute ambiguïté, car le rejet des deux recours a été motivé en raison de la dénonciation d'erreurs de droit qui auraient été commises dans les phases de la sélection et de l'interprétation des dispositions à appliquer. En se référant à sa jurisprudence constante, la Cour a mis en évidence le fait qu'un conflit d'attribution « ne peut pas se réduire à la proposition d'une démarche logique et juridique alternative à celle qui est dénoncée », car le conflit d'attribution « ne saurait être transformé en une voie de recours atypique envers les arrêts des juges » ordinaires⁴².

Ces principes dégagés, la Cour a exclu de pouvoir juger l'affaire sur le fond, car les arrêts contestés dans le cas d'espèce avaient tous les deux les caractères qui sont propres aux actes juridictionnels, et donc aucun empiétement sur les attributions du législateur ne pouvait être constaté, d'autant plus qu'au moment où la Cour rendait sa décision « le Parlement pouvait [encore et] à tout moment adopter une réglementation spécifique du sujet »⁴³.

L'arrêt qui a tranché l'« affaire *Englaro* » n'est qu'un exemple, parmi les plus récents, de l'attitude très retenue de la Cour lorsqu'il s'agit de contrôler des actes juridictionnels. Une attitude qui fonde, à l'évidence, l'impossibilité d'indiquer dans les conflits d'attribution une voie ordinaire viable pour s'opposer aux refus de soulever de questions préjudicielles de constitutionnalité.

2. *Les contestations devant d'autres instances juridictionnelles : des remèdes partiels*

Si le refus de soulever une question de constitutionnalité n'est pas contestable devant la Cour constitutionnelle, il est par contre possible de le contester devant d'autres juridictions. Cette possibilité, toutefois, est soumise à des conditions et à des limitations assez strictes (a), qui n'apparaissent pas tout à fait compensées par la très large ouverture à l'égard d'une critique indirecte, voire implicite, à l'occasion d'autres instances (b).

a. *Les contestations relatives au litige en cours : des remèdes conditionnés*

Le refus de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité est, ni plus ni moins, la manifestation d'un pouvoir ordinaire revenant aux juridictions. Il s'agit d'un sujet parmi ceux sur lesquels n'importe quel juge à la faculté et, en même temps, l'obligation (sous peine d'encourir un

42 Arrêt rendu par ordonnance du 8 octobre 2008, n° 334.

43 Par ce biais, la Cour a pris soin de censurer, quoiqu'implicitement, l'attitude des Chambres, qui avaient saisi la Cour pour que celle-ci règle un problème que le législateur lui-même aurait pu régler, en adoptant une loi.

déni de justice) de se prononcer. De ce fait, il est évident qu'une exigence de cohérence de l'ordre juridique implique que la décision adoptée sur cet aspect soit encadrée par les mêmes principes et les mêmes règles qui régissent la contestation des autres actes juridictionnels. Or, si la décision de soulever la question n'est pas contestable, car c'est la Cour constitutionnelle qui, en rendant son arrêt, va se prononcer sur la recevabilité de la question et sur son bien-fondé, la décision de refus nécessite une voie de contestation. Une contestation dont la Cour constitutionnelle n'est pas saisie et dont d'autres instances doivent, par conséquent, assurer le contrôle.

Le sujet est réglementé par l'article 24 de la loi n° 87 de 1953, qui définit, d'un côté, les critères que la décision de refus doit remplir et, de l'autre, ceux de sa contestation.

Le 1^{er} alinéa exige que « l'ordonnance de rejet de l'exception d'inconstitutionnalité », en raison du défaut d'influence sur le litige en cours (découlant du manque de « *rilevanza* ») ou de sa « futilité », « doit être dûment motivée ». Par cette disposition, le législateur a opéré une distinction claire entre l'exception qui est soulevée par les parties et la question soulevée d'office par le juge : dans le premier cas, on demande au juge de statuer sur la question de manière spécifique et d'adopter une mesure particulière, ayant la forme d'une ordonnance ; dans le second cas, si le doute vient du juge et si le juge même le dissipe, alors aucune condition de forme n'est requise, ce qui est tout à fait normal, car la question de constitutionnalité pourrait très bien rester dans l'esprit du juge, sans même s'explicitier.

Dans la pratique, la distinction apparemment claire entre les deux cas est devenue nébuleuse, du fait que normalement aucune ordonnance particulière n'est adoptée pour refuser de soulever la question de constitutionnalité. Le refus figure donc, en règle générale, au sein de l'arrêt qui tranche le litige. Cette tendance à la concentration des décisions à adopter s'explique assez facilement par l'exigence de rapidité, mais de fortes réserves persistent à l'égard de son fondement du point de vue du respect des principes régissant la procédure. En renvoyant la formulation de la décision sur le renvoi au moment de la décision sur le fond de l'affaire, l'importance de la question de constitutionnalité, et surtout son influence potentielle sur l'issue du litige, risquent d'être sous-estimées, pour ne pas dire compromises : par exemple, en se concentrant sur l'inconstitutionnalité éventuelle d'une disposition législative, une partie pourrait adopter une attitude moins attentive aux faits contestés qu'aux aspects de droit du litige, et donc le fait d'attendre jusqu'à la fin la décision du juge pourrait lui créer un préjudice, notamment à l'égard de certains choix relatifs à sa conduite au cours du procès.

D'autres raisons aussi, encore plus fortes, militent contre la pratique consolidée. L'article 24 susmentionné, en effet, impose à la décision de ne pas soulever la question d'adopter une forme équivalente à la décision contraire : dans les deux cas, une ordonnance est (serait) requise. Cette équivalence n'est pas limitée à la forme, car l'ordonnance portant sur le refus doit être « dûment motivée », tout comme l'ordonnance de renvoi doit indiquer les normes qui font l'objet de la question préjudicielle, les normes de référence et les « motifs de la demande par laquelle la question a été soulevée » (article 23, alinéa 2, de la loi n° 87 de 1953).

Or, lorsque le refus est prononcé dans une ordonnance spécifique, il est fort probable que les motifs qui le fondent soient explicités de manière adéquate ; par contre, lorsque le refus n'occupe qu'un paragraphe – ou pire un considérant – de l'arrêt rien n'assure que les motifs soient aussi clairs et bien identifiables. En d'autres termes, la partie qui a soulevé l'exception d'inconstitutionnalité risque concrètement de subir une atteinte à son droit de contester la décision du juge, car une motivation expéditive pourrait entraver la recherche de contradictions dans le parcours argumentatif qui a conduit au refus de saisir la Cour constitutionnelle.

À cet égard, il convient de remarquer que l'article 24 suggère précisément un lien direct entre la motivation de l'ordonnance, imposée par l'alinéa 1^{er}, et sa contestation, réglementée à l'alinéa 2. Celui-ci précise que l'exception peut être proposée à nouveau « au commencement de tout stade supplémentaire du procès », devant une autre instance judiciaire⁴⁴.

Sur la base de cette disposition, on est autorisé à accorder au recours devant d'autres instances la place de voie ordinaire pour contester le refus de soulever la question de constitutionnalité. Par conséquent, surtout si la pratique était (ou plutôt, aurait été) conforme aux exigences de forme et de fond imposées par l'alinéa 1^{er} de l'article 24, la contestation du refus pourrait (aurait pu) être reléguée au rang des problèmes largement résolus par le législateur.

Largement, mais non complètement, car si la contestation est bien possible à propos des refus opposés par les juridictions de première et de deuxième instance, cela n'est pas le cas pour les refus qui sont prononcés par les cours de dernière instance, et notamment par la Cour de cassation, le Conseil d'État ou la Cour des comptes. Les décisions de ces juridictions ne sont pas susceptibles de recours⁴⁵, et donc aucune voie de contestation n'est prévue.

Un tel défaut a donc des conséquences majeures sur la possibilité pour la Cour constitutionnelle d'être saisie, car tout dépend des juridictions qui occupent la place de « concierge » du Palais de la Consulta⁴⁶. À cette remarque on pourrait ajouter que lorsque la décision sur la question de constitutionnalité se pose pour la première fois devant la juridiction suprême (ce qui est loin de se produire rarement, par exemple lorsqu'une disposition de procédure est dénoncée), de problèmes supplémentaires se posent, eu égard, en particulier, au respect du principe du double degré de juridiction⁴⁷.

Certes, les décisions des juridictions suprêmes peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais cette voie de protection ne rentre pas, à l'évidence,

44 En se fondant précisément sur cette possibilité, la Cour de cassation a pu préciser que même le défaut de toute décision à l'égard d'une exception d'inconstitutionnalité avancée par une partie n'entache pas de nullité l'arrêt rendu par un juge de première ou de deuxième instance (cf. Cour de cassation, V^e chambre criminelle, 9 décembre 1994). Cette jurisprudence a été critiquée, dans la note sous la décision de la Cassation, par S. PIGNOCCHINO, « Conseguenze processuali dell'omesso esame di una questione di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza italiana*, 1996, partie 2, p. 78 et suiv., qui a fait valoir, entre autres, les arguments que nous avons exposé plus haut à l'égard de la stratégie déployée au sein du procès par les parties.

45 Pour ce qui a trait aux arrêts du Conseil d'État et de la Cour des comptes, la Cour de cassation peut être saisie de contestations, mais uniquement à l'égard de questions de répartition de la juridiction entre juges judiciaires et juges spéciaux. Au sujet du refus de soulever de questions de constitutionnalité, il est donc exclu que celui-ci puisse faire l'objet d'un recours.

46 Pour cette définition, voir *supra*, I, A.1.b.

47 À propos de la portée de ce principe et de son ancrage constitutionnel, voir A. PIZZORUSSO, « Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali », *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 36 et suiv. ; G. SERGES, *Il principio del « doppio grado di giurisdizione » nel sistema costituzionale italiano*, Milan, Giuffrè, 1993.

dans le champ d'application de la protection de la Constitution, ne fût-ce que pour le fait que les normes de références sont issues de la Convention européenne, et non de la Constitution. Autant dire que le refus d'une juridiction suprême de soulever une question de constitutionnalité ne peut trouver de réponse que lorsqu'il se reflète dans la méconnaissance d'une disposition conventionnelle. Mais alors il ne s'agit pas – il ne s'agit plus – de protéger la Constitution, mais de constater, tout au plus, la cohérence de la Constitution avec une source du droit supranational.

b. Les contestations à l'occasion d'autres litiges : des remèdes aléatoires

La notion de « contestation » que nous avons employée jusqu'ici à l'égard des remèdes contre le refus de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité a trait aux voies ouvertes – ou aux « fentes », devrait-on dire – au profit des justiciables pour que leur litige ne soit pas tranché sans que la Cour constitutionnelle ait pu se prononcer sur la question préjudicielle.

Ces remèdes, toutefois, n'épuisent pas l'éventail des possibilités reconnues par l'ordre juridique. En effet, la contestation n'est pas uniquement celle qui se dirige spécifiquement contre la décision de refus, car elle peut se manifester de manière plus anodine, comme une contestation indirecte et implicite. C'est ce qui arrive lorsqu'une question de constitutionnalité dont le renvoi a été refusé à l'occasion d'un litige est proposée à nouveau au sein d'un autre litige, devant un autre juge ou encore devant le même juge (mais à l'occasion d'une autre affaire), dans l'espoir qu'il ait changé d'avis par rapport au refus déjà prononcé.

Il est quand même à préciser que les effets ne sont associés au refus opposé, car il n'y a aucune distinction possible entre les autres litiges où la question préjudicielle a été refusée et ceux où la question n'a même pas été évoquée. Par conséquent, ce qui compte n'est que l'identité des dispositions législatives susceptibles d'application au sein des litiges. D'ailleurs, la contestation que l'on pourrait qualifier de « transversale » n'est que purement éventuelle : si rien ne s'oppose à ce que le second juge tienne compte du refus opposé par son collègue et exprime un avis opposé, rien ne s'oppose non plus à ce que le second juge néglige tout simplement le refus ; il en va de même pour les parties qui soumettent la question préjudicielle au second juge, car elles sont libres de faire référence à la décision négative adoptée auparavant. Elles peuvent donc tout simplement omettre toute mention de la décision.

Les effets de cette « contestation transversale » diffèrent selon que le second juge entérine ou renverse le refus opposé par le premier. S'il l'entérine, sa décision n'a, bien évidemment, aucun effet sur le premier refus, ni même celui de conditionner, du moins du point de vue formel, d'éventuelles décisions relatives à la même question qui se présenteraient dans l'avenir. En effet, il est bien possible que la question de constitutionnalité soit soulevée par un juge après que d'autres juges – même très nombreux – aient opposé un refus. Si le refus est renversé et la question est donc soulevée, alors des effets peuvent se produire sur les litiges au sein desquels le refus a été opposé, et leur portée change considérablement selon que le litige précédent soit définitivement tranché ou bien soit encore en cours.

Une « contestation transversale » n'a pas de conséquences sur les litiges tranchés par un arrêt ayant l'autorité de la chose jugée. Le seul impact possible ne concerne pas la question soulevée en tant que telle, mais plutôt la décision qui en résulte, puisque dans le cas où la Cour constitutionnelle déclarerait l'inconstitutionnalité de la disposition ou des dispositions législatives, des conséquences sur la chose jugée seraient envisageables, du moins dans certains cas. Si, en principe, les effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité sont caractérisés par une rétroactivité qui s'arrête devant la chose jugée⁴⁸, le législateur a prévu une dérogation à cette règle pour ce qui a trait aux déclarations d'inconstitutionnalité frappant une disposition législative pénale, car si un jugement de condamnation se fondait sur une disposition dont l'inconstitutionnalité était par la suite reconnue, l'exécution et tous les (autres) effets de la condamnation cesseraient, indépendamment de l'autorité de la chose jugée au pénal (article 30, alinéa 4, de la loi n° 87 de 1953).

Cela dit, on constate sans surprise que la « contestation transversale » a des répercussions bien plus importantes sur les litiges qui n'ont pas encore été tranchés de manière définitive. Les effets les plus évidents se manifestent lorsque la question de constitutionnalité aboutit à une décision par laquelle la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la disposition ou des dispositions dénoncées, car la portée générale de l'annulation implique l'impossibilité de donner application à la disposition inconstitutionnelle une fois que l'arrêt de la Cour est publié. Le refus opposé n'aura donc pas empêché que le résultat que l'on poursuivait avec la question de constitutionnalité se produise dans tous les litiges, y compris dans le litige au sein duquel le juge avait considéré la question comme non influente pour l'issue du litige ou bien « futile », et il avait par conséquent refusé d'en saisir le juge de la loi.

Indépendamment du sort de la question préjudicielle devant la Cour constitutionnelle, quelques effets sur les autres litiges sont à reconnaître même au simple renvoi de la question. D'abord, il peut se produire (et en fait il se produit assez souvent⁴⁹) un effet « psychologique », pour ainsi dire, qui se traduit par une sorte de réaction en chaîne conduisant les juges ordinaires à saisir la Cour d'une question identique ou analogue à celle qui a été déjà soulevée. Les justiciables pourraient très bien profiter d'un tel effet si, après s'être vus opposer un refus, ils demandaient le renvoi à nouveau devant le juge de l'instance supérieure. Dans la pratique, il s'avère aussi qu'une question de constitutionnalité soulevée au cours d'un litige produise des effets plus nuancés sur les autres : compte tenu de la question en instance devant la Cour, le juge d'un autre litige qui ne suit pas son collègue, et donc ne soulève pas,

48 L'article 30, alinéa 3, de la loi n° 87 de 1953 précise que « les normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision ». Cette disposition permet d'attribuer aux déclarations d'inconstitutionnalité des effets rétroactifs, que la lettre de l'article 136, alinéa 1^{er}, de la Constitution paraîtrait exclure (cf. *supra*, A.1^{er}.a). Sur les effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité, voir M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milan, Giuffrè, 1993 ; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milan, Giuffrè, 1993 ; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padoue, Cedam, 1997 ; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padoue, Cedam, 2000 ; D. BUTTURINI – M. NICOLINI (sous la direction de), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

49 Il n'est pas rare que, à propos de certaines dispositions législatives très discutées, le nombre de questions de constitutionnalité atteigne plusieurs dizaines voire centaines. Un cas emblématique est celui de la contestation de certains articles de la loi de réforme du droit de l'immigration (loi du 30 juillet 2002, n° 189). La Cour constitutionnelle, une fois statué sur les premières questions qui étaient arrivées au greffe, a ensuite rendu des arrêts statuant conjointement sur des dizaines de questions identiques à celles qui avaient déjà été examinées sur le fond.

à son tour, la même question de constitutionnalité, a tout de même une tendance « naturelle » à éviter de statuer avant que la Cour ait rendu son arrêt, et donc le litige reste suspendu.

Cette suspension de fait assure une protection minimale pour les justiciables pour ce qui est du fond de la question, mais entraîne une méconnaissance de leurs droits procéduraux⁵⁰. Cela, du moins, jusqu'à ce que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'évolue pas dans le sens d'un assouplissement de la rigueur de la procédure contradictoire dans le cadre du contrôle incident⁵¹. Le fait qu'une question soit soumise à la Cour et que la décision de celle-ci puisse engendrer des conséquences d'ordre général, notamment en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, fonde sans doute un intérêt direct qui est propre, non seulement aux parties du litige *a quo*, mais aussi aux parties de tout autre litige dans lequel les dispositions faisant l'objet de la question de constitutionnalité sont susceptibles d'application. Par conséquent, les parties des autres litiges paraîtraient très bien placées pour pouvoir justifier leur intérêt à intervenir devant la Cour comme tierces personnes. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle a constamment exclu un tel pouvoir au profit de cette catégorie d'intervenants, et cela a été confirmé, à plusieurs reprises, même récemment⁵², en se fondant sur une attitude tendant à limiter la procédure contradictoire aux « seules parties du litige *a quo* [ou aux] tierces personnes ayant un intérêt qualifié, c'est-à-dire immédiatement inhérent aux rapports substantiels objet du litige et qui n'est pas simplement objet de réglementation, à l'instar de tout autre, de la part de la norme ou des normes qui font l'objet de la question »⁵³.

II. La diffusion inéluctable de la protection d'un acte normatif à part entière

Le système de justice constitutionnelle, tel que conçu par les Constituants et mis en place par le législateur, a connu, au fil des ans, une évolution profonde, dont les premiers pas se sont manifestés dès le début de l'activité de la Cour.

Au fur et à mesure que les principes de la Charte républicaine étaient mis en œuvre et intégrés dans l'ordre juridique, la Constitution, tout en gardant son caractère suprême, se rapprochait des autres sources du droit du fait de son application dans la pratique. En d'autres termes, les caractères distinctifs de la Constitution par rapport aux autres sources, qui avaient justifié entre autres l'adoption d'un système de protection particulier, fondé sur une juridiction spéciale, ont progressivement perdu du terrain au profit d'une approche visant davantage à mettre en exergue le caractère normatif de la Charte, et donc son appartenance à la catégorie des sources. Une fois conçue comme

50 Justement pour cette raison, la doctrine a souvent critiqué cette attitude, en suggérant des « renvois généralisés » à la Cour, même si cela peut impliquer une augmentation spectaculaire des affaires à traiter par celle-ci : cf. M. D'AMICO, « Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente », *Rivista di diritto civile*, 1988, II, p. 75 et suiv.

51 Sur la procédure contradictoire devant la Cour constitutionnelle statuant dans le cadre d'un contrôle incident, voir R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milan, Giuffrè, 1985 ; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1991 ; V. ANGIOLINI (sous la direction de), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997, Turin, Giappichelli, 1998 ; L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Turin, Giappichelli, 2003.

52 Voir, par exemple (mais la liste des décisions serait très longue), l'ordonnance du 20 octobre 2015, rendue à l'occasion du procès défini par l'arrêt du 19 novembre 2015, n° 236.

53 *Ibidem*.

une source du droit à part entière, la Constitution a pu connaître des applications qui n'avaient pas fait l'objet d'attention de la part des rédacteurs des dispositions concernant le système de justice constitutionnelle et tout particulièrement le contrôle incident de la constitutionnalité des lois. Et ces applications « nouvelles » ont contribué, à leur tour, à renforcer l'idée que la Constitution n'est pas seulement la Charte portant les principes fondateurs du système, mais elle est aussi – et peut-être avant tout – un acte normatif.

Le changement d'approche se manifeste dans toute son ampleur dans le domaine des critères régissant l'interprétation des lois (A), mais il a des conséquences d'une importance capitale même dans la définition de la portée du refus de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité (B).

A. L'influence profonde de l'interprétation sur les caractères du système concentré

En optant pour un système concentré de justice constitutionnelle, les Constituants ont mis en exergue le pouvoir d'annulation des actes normatifs, pierre angulaire du système de protection de la Constitution. La reprise de la notion kelsenienne de « législateur négatif » en est un indice sans doute remarquable.

Toutefois, lorsque la théorie a cédé la place à la pratique, le pouvoir d'annulation a dû être encadré dans le contexte général de l'exercice des fonctions juridictionnelles, au sein desquelles l'interprétation occupe une place centrale. Justement en raison de son importance, l'interprétation est très vite devenue un élément décisif pour définir les rapports entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires (1) et pour délimiter le champ d'application du pouvoir d'annulation dans le cadre du contrôle incident de la constitutionnalité des lois (2).

1. Un équilibre difficile entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires

Le choix d'un système concentré de justice constitutionnelle ne fait pas obstacle, en soi, à une répartition des pouvoirs d'interprétation des actes législatifs. Or, la répartition concrète de ces pouvoirs a engendré, au cours de l'histoire républicaine, un certain nombre de problèmes, concernant, d'une part, les limites des pouvoirs propres de la Cour constitutionnelle (a) et, de l'autre, la reconnaissance de pouvoirs revenant aux juridictions ordinaires (b).

a. Les pouvoirs contestés de la Cour constitutionnelle

Si la Cour constitutionnelle avait été conçue comme un « législateur négatif », dès ses débuts la jurisprudence constitutionnelle a montré qu'une telle définition était loin de pouvoir encadrer ses attributions, car l'alternative entre l'annulation de la disposition législative et le rejet de la question de constitutionnalité n'épuisait pas l'éventail des pouvoirs de la juridiction constitutionnelle.

Dès les premiers arrêts rendus⁵⁴, la Cour s'est d'ailleurs reconnue le pouvoir d'interpréter les dispositions qui faisaient l'objet d'une question préjudicielle, pour la simple et bonne raison qu'avant de contrôler une disposition il est nécessaire d'en déterminer les contenus. Une telle conclusion ne pouvait pas être tenue pour acquise dans la logique du système tel qu'il avait été mis en place. Cela parce qu'en conférant à la Cour constitutionnelle la mission d'exercer un contrôle de constitutionnalité concentré et en conférant aux juges ordinaires le pouvoir de saisine, l'attribution du pouvoir d'arrêter les contenus des dispositions était resté dans le flou : d'un côté, on aurait pu défendre la thèse selon laquelle rien ni personne aurait empêché la Cour constitutionnelle de faire emploi des pouvoirs interprétatifs qui dérivent tout simplement de sa nature juridictionnelle ; de l'autre, on aurait pu valoriser le rôle des juges ordinaires en leur réservant le pouvoir de déterminer les contenus des dispositions qu'eux-mêmes déféraient à la Cour. L'adoption de cette dernière thèse aurait impliqué une distinction nette entre le « domaine de la constitutionnalité » et le « domaine de la légalité », distinction par laquelle les pouvoirs d'interprétation auraient dû se distinguer selon l'acte à interpréter, de manière à réserver à la Cour constitutionnelle l'interprétation de la Constitution et aux juridictions ordinaires celle des lois⁵⁵. En renvoyant une question préjudicielle, le juge aurait donc arrêté la portée de la disposition soumise au contrôle et aurait appelé la Cour à faire emploi de son pouvoir d'annulation et, le cas échéant, de son pouvoir d'interpréter la Constitution, sans qu'aucune interprétation de la loi ne lui soit permise.

La solution retenue par la Cour constitutionnelle de revendiquer des pouvoirs herméneutiques à l'égard de la législation a donc eu une portée capitale. D'abord, parce qu'elle a remis en cause la définition du système qui paraît être propre au Constituant : la linéarité de la théorie du contrôle concentré, fondé sur le pouvoir d'annulation de la Cour, a été remplacée par un modèle plus dynamique, axé sur les relations concrètement existantes entre la juridiction constitutionnelle et les juridictions ordinaires. En outre, la remise en cause de la distinction rigide entre légalité et constitutionnalité a ouvert la voie à une conception de la Constitution fortement marquée par son caractère normatif, et à la conséquente assimilation de la Constitution aux (autres) lois, notamment pour ce qui a trait à son application judiciaire et à son ancrage dans le système. Ces bénéfices incontestables n'ont cependant pas été obtenus sans en payer le prix, comme en témoigne notamment la recherche nécessaire d'un équilibre entre la Cour et les juridictions ordinaires, qui, de leur côté, n'ont pas renoncé à revendiquer leurs pouvoirs interprétatifs.

Dans cette revendication, les juges ont pu se prévaloir du fait qu'une fois admise – par la Cour constitutionnelle même – la priorité logique de l'interprétation par rapport au contrôle de constitutionnalité, la Cour a dû faire face à la situation dans laquelle l'issue du contrôle était commandée, non par l'alternative entre inconstitutionnalité et rejet de la question de constitutionnalité, mais plutôt

54 Un cas emblématique remonte à quelques semaines à peine après l'entrée en fonction de la Cour : dans l'arrêt du 2 juillet 1956, n° 8, la Cour a reconnu que la disposition dénoncée devait être « interprétée, pour qu'on en contrôle la constitutionnalité, non dans le cadre du système dans lequel elle avait trouvé son origine, mais dans le système actuel dans lequel elle vit ».

55 Sur cette distinction, voir C. MEZZANOTTE, « La Corte costituzionale: esperienze e prospettive », in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Rome-Bari, Laterza, 1979, p. 149 et suiv. (en particulier, p. 160).

par l'interprétation qu'on donnait de la disposition⁵⁶. Pour qu'une telle situation se manifeste, il était suffisant que la Cour soit confrontée à une affaire où le sort d'une disposition législative pouvait changer selon l'interprétation donnée : si en attribuant une certaine portée à l'énoncé normatif l'antinomie avec la Constitution avait conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité, l'attribution d'une portée différente aurait pu apaiser le conflit entre la loi et la Constitution, de manière à ce qu'aucune inconstitutionnalité ne soit à déclarer. L'alternative s'est très vite présentée⁵⁷ ; et le principe de conservation des actes juridiques (*utile per inutile non vitiatur*) a conduit la Cour à franchir la barrière idéale établie par la notion de « législateur négatif »⁵⁸. L'alternative à la déclaration d'inconstitutionnalité n'a plus été seulement le rejet tout court de la question préjudicielle, mais elle s'est concrétisée aussi dans les dits « arrêts interprétatifs de rejet »⁵⁹, par lesquels la constatation de l'absence de vices de constitutionnalité est subordonnée à l'adoption d'une certaine interprétation de la disposition législative contestée, ce qui est généralement explicité dans le dispositif de l'arrêt, où la Cour déclare la question de constitutionnalité dépourvue de fondement « *nei sensi di cui in motivazione* »⁶⁰, c'est-à-dire en faisant référence aux contenus de la disposition ayant fait l'objet de la question tels qu'ils ont été dégagés par la Cour et qui ont été indiqués dans les motifs de l'arrêt⁶¹.

Ce sont précisément les arrêts interprétatifs de rejet qui ont catalysé les revendications des juges ordinaires : la réception de ces arrêts atypiques était, en effet, une occasion pour contester les pouvoirs d'interprétation de la Cour constitutionnelle⁶².

Pour comprendre à quel point l'occasion était propice, il convient de remarquer que l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour n'est pas des plus assurées : si les déclarations d'inconstitutionnalité d'une disposition ou d'un acte législatif ont, à l'évidence, les effets généraux qui s'attachent aux annulations, les arrêts de rejet n'ont pas d'effets semblables, puisqu'ils ne confèrent aucun « brevet de constitutionnalité », du fait qu'ils ne statuent que sur la question posée⁶³. Les

56 Le sujet a été abordé par la doctrine dès les premières années : cf. V. CRISAFULLI, « *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 929 et suiv. ; T. ASCARELLI, « *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* », *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 351 et suiv. ; F. CARNELUTTI, « *Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata* », *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 349 et suiv. ; E.T. LIEBMAN, « *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale* », *Rivista di diritto processuale*, 196, p. 567 et suiv.

57 La première décision dans laquelle l'alternative s'est posée de manière explicite est l'arrêt du 26 janvier 1957, n° 1.

58 La notion de « législateur négatif », qui est évoquée ici en rapport aux pouvoirs interprétatifs de la Cour, est plus souvent indiquée comme dépassée par le pouvoir de la Cour de rendre des arrêts d'inconstitutionnalité dits « manipulatifs », car ils manipulent le texte de la disposition, en y ajoutant les contenus que le législateur a omis (arrêts additifs), en éliminant les contenus inconstitutionnels (arrêts ablatifs) ou en substituant les contenus inconstitutionnels avec les contenus qui découlent des principes et normes constitutionnelles (arrêts substitutifs). Sur cette catégorie d'arrêts, voir G. SILVESTRI, « *Le sentenze normative della Corte costituzionale* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, I, p. 1684 et suiv. ; L. ELIA, « *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale* », *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, op. cit.*, 1985, vol. I^{er}, p. 299 et suiv. ; G. D'ORAZIO, « *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, p. 61 et suiv. ; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milan, Giuffrè, 2007.

59 Sur l'origine et la nature des arrêts interprétatifs de rejet, voir G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione, op. cit.*, p. 177 et suiv. ; R. ROMBOLI, « *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge* », in P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO (sous la direction de), *op. cit.*, p. 89 et suiv.

60 Cette formule a été inaugurée dans l'arrêt n° 1 de 1957, précité.

61 Les arrêts interprétatifs ont été rendus, bien que plus rarement, même dans le cadre de la constatation de l'inconstitutionnalité. Dans certains cas, en effet, la Cour rend même des arrêts interprétatifs d'inconstitutionnalité, par lesquels elle déclare l'inconstitutionnalité, non d'une disposition, mais d'une interprétation qu'on lui donne : la disposition reste donc en vigueur, mais la déclaration de la Cour interdit qu'on lui donne une certaine interprétation.

62 Sur la réception des premiers arrêts interprétatifs de rejet, voir C. MORTATI, « *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale* », *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 550 et suiv.

63 Il en résulte qu'une autre question ayant comme objet la même norme, mais fondée sur d'autres moyens (invoquant, par exemple, d'autres normes de référence), peut à tout moment être soulevée, permettant ainsi de contester la norme législative à nouveau. En outre, puisque l'objet

arrêts interprétatifs de rejet ne font pas exception à cette règle, d'autant plus que leurs effets sont relativisés de manière significative par l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Celle-ci est limitée, en effet, aux dispositifs des arrêts de la Cour et ne touche donc pas les motifs⁶⁴ : par conséquent, les arrêts interprétatifs de rejet ne disposent pas de la force juridique permettant d'imposer aux juges ordinaires l'interprétation prônée par la Cour⁶⁵.

La « faiblesse » des arrêts interprétatifs rendus par la Cour a produit une situation d'ambiguïté, concernant l'impact des solutions interprétatives dégagées dans les arrêts : l'absence d'effets contraignants, pour les arrêts de rejet et pour les motifs, impliquaient que les juges ordinaires n'étaient pas tenus de suivre l'interprétation proposée par la Cour. Plusieurs théories ont été élaborées afin d'introduire dans le système quelques limites à la marge d'appréciation des juges⁶⁶ mais aucune d'entre elles n'a pu fonder une obligation positive générale découlant de l'arrêt de la Cour.

Si, d'un côté, les arrêts interprétatifs montraient bien que la prohibition pour la Cour de substituer sa propre interprétation à celle du juge *a quo* n'était plus sérieusement défendable, de l'autre les résistances des juridictions ordinaires dans la réception de ce genre d'arrêts montraient très clairement que les juges n'étaient pas disposés à céder leurs prérogatives à la Cour. Il revenait donc à la Cour constitutionnelle d'éviter le déclenchement d'un conflit qui aurait pu conduire à une paralysie du système. À l'évidence, une reconnaissance expresse des pouvoirs interprétatifs des juges s'imposait.

b. La reconnaissance inévitable des pouvoirs des juges ordinaires

Le refus des juridictions ordinaires de se conformer aux interprétations proposées par la Cour constitutionnelle dans les arrêts interprétatifs de rejet a fait émerger de manière indiscutable le fait que la Cour manque de moyens pour s'imposer par rapport aux juges si ce n'est par l'exercice de ses pouvoirs d'annulation des dispositions et des actes législatifs. Cet aspect s'avère décisif pour comprendre l'évolution des relations entre la Cour et les (autres) juridictions. Le paradoxe du système concentré « à l'italienne » consiste, en effet, dans une sorte de renversement des moyens de contrainte existant par rapport à ce que l'on pourrait s'attendre à la lumière de l'objectif de confier la protection de la Constitution à une instance judiciaire spécifique : s'il est vrai que la Cour, grâce à son monopole du pouvoir d'annulation des lois, est l'organe central dans le système de justice constitutionnelle, il n'est pas moins vrai que l'étendue et l'importance de son rôle dépendent, pour l'essentiel, des saisines qui proviennent des juridictions ordinaires ; par contre, une fois la décision

de la déclaration est limité à la question soulevée, l'interdiction de la réitération de la même question ne vaut que pour le juge qui l'a soulevée (au cours du même procès), et non pas pour les autres juges (ni pour le juge même, au cours d'un autre procès).

64 À ce propos, voir A. PIZZORUSSO, « La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale : comandi o consigli ? », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, p. 346 et suiv. En général, sur la motivation des arrêts de la Cour constitutionnelle, voir A. RUGGERI (dir.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, Turin, Giappichelli, 1994.

65 Les arrêts interprétatifs d'inconstitutionnalité, par contre, ne posent pas de problème, car, en s'agissant de déclarations d'inconstitutionnalité (bien que ne frappant qu'une interprétation, au lieu d'une disposition), ils partagent les mêmes effets obligatoires qui sont propres aux déclarations d'inconstitutionnalité tout court.

66 Le souci a été manifesté, notamment, par V. CRISAFULLI, « Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 96 et suiv. Plus nuancée est la position de L. ELIA, « Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici », *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, p. 1715 et suiv., qui a relevé qu'au moment où la Cour constitutionnelle rend un arrêt interprétatif de rejet, le juge ordinaire qui n'entend pas s'y conformer devrait, en principe, reconnaître l'existence d'un doute concernant la constitutionnalité de la norme à appliquer, d'où l'obligation de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité.

rendue, la Cour constitutionnelle n'a pas de moyens de pression ni de contrôle vis-à-vis de l'activité des juridictions ordinaires⁶⁷. En d'autres termes, on ne saurait fonder une hiérarchie entre la Cour et les autres juridictions, leurs rapports étant caractérisés plutôt par la distinction de leurs tâches respectives : une coordination, donc, plutôt qu'une subordination. D'où la nécessité d'une coopération, animée par un dialogue dans lequel le dernier mot ne revient pas invariablement à l'un des interlocuteurs : si le dialogue aboutit à une déclaration d'inconstitutionnalité, le dernier mot est – en principe – celui de la Cour, mais s'il aboutit à une décision qui appelle à l'application (et donc à l'interprétation) de la disposition, ce sont les juges à en bénéficier⁶⁸.

Ces remarques ont un impact décisif sur le sujet de la reconnaissance par la Cour des pouvoirs interprétatifs des juges ordinaires, car elles conduisent à définir une telle reconnaissance moins comme une « concession » que comme une imposition. Tout en s'attribuant le pouvoir d'interpréter les lois (et non seulement la Constitution), la Cour constitutionnelle n'était en mesure de revendiquer aucun monopole à ce propos. Par conséquent, confrontée à l'opposition des juridictions ordinaires, la Cour n'a pu que confirmer ses pouvoirs, sans pour autant que cela puisse impliquer une contestation du fait que ces mêmes pouvoirs revenaient aussi aux juges ordinaires.

Or, la duplication des titulaires de pouvoirs interprétatifs aurait pu engendrer, pour les justiciables, une situation de forte instabilité dans l'application des lois et, dans les relations entre les juridictions, une compétition, voire une véritable « guerre ». En effet, au cours des années soixante, le système italien a connu la dite « guerre des deux cours », un « dialogue entre deux sourds »⁶⁹ qui a vu se confronter, d'un côté, la Cour constitutionnelle, qui visait à conserver les pouvoirs d'interprétation qu'elle s'était attribuée dès le début de son fonctionnement, et, de l'autre, la Cour de cassation, qui mettait en avant tant la nécessité pour tout juge d'interpréter le droit positif que la mission spécifiquement confiée à la Cassation d'assurer l'interprétation uniforme de la loi (la dite *nomofilachia*⁷⁰).

67 Pour preuve de l'importance du sujet pour comprendre la nature du système de justice constitutionnelle, la Cour constitutionnelle a commandé – il y a quelques années – une étude sur la réception des arrêts interprétatifs et additifs de principe (c'est-à-dire les arrêts manipulatifs qui ajoutent – au lieu de dispositions précises – des contenus génériques dérivant d'un ou plusieurs principes, dont la mise en œuvre revient, en définitive, au législateur et, provisoirement, aux juges, appelés à appliquer les principes dans les cas concrets, dans l'attente d'une réponse du législateur ayant une portée générale) : cf. E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000 – 2005). Relazione illustrativa*, Corte costituzionale. Servizio Studi e Massimario, décembre 2007, disponible en ligne à la page www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20200_Relazione_illustrativa.pdf [10 juin 2016].

68 En général, sur les rapports entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires, voir V. ONIDA, « Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale », in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (sous la direction de), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologne, il Mulino, 1982, p. 159 et suiv. ; P. CIARLO – G. PITRUZZELLA – R. TARCHI (sous la direction de), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1997 ; E. NAVARRETTA – A. PERTICI (sous la direction de), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pise, Plus, 2004 ; G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turin, Giappichelli, 2005 ; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit., p. 177 et suiv. ; R. ROMBOLI, « Giudici comuni e Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi », in M. REVENGA SÁNCHEZ – E.J. PAJARES MONTOLÍO – J.R. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ (coord.), *50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 359 et suiv. ; R. ROMBOLI, « Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge », op. cit., p. 89 et suiv. ; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Rome-Bari, Laterza, 2012 ; A. PUGIOTTO, « Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni », *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 148 et suiv.

69 Cf. V. CRISAFULLI, « Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale », op. cit., p. 98.

70 À propos de l'incidence de la « *nomofilachia* » sur les décisions de la Cour constitutionnelle, voir A. CARDONE, « Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, p. 2884 et suiv. ; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, p. 147 et suiv.

La confrontation, qui avait pour enjeu principal, justement, la nature et l'étendue des effets des arrêts interprétatifs de rejet, n'a pris fin qu'au moment où la Cour constitutionnelle a accepté de prendre du recul en présence de certaines circonstances. Si le principe de la duplicité des titulaires des pouvoirs interprétatifs n'a pas été remis en question, concrètement la Cour constitutionnelle a accepté de céder le passage dans les cas où la jurisprudence des juridictions ordinaires, eu égard à son uniformité, pouvait être considérée comme dotée d'une autorité renforcée. Il s'agit de la doctrine du « droit vivant »⁷¹, par laquelle le juge constitutionnel renonce à proposer sa propre interprétation d'une disposition législative et se soumet à celle qui a été dégagée par la jurisprudence de manière largement partagée, et notamment par la jurisprudence consolidée de la Cour de cassation (ou du Conseil d'État) : dans ce cas, la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité de la disposition en se considérant obligée à suivre l'interprétation consolidée, ce qui implique que l'issue du contrôle est soit le rejet tout court de la question soit la déclaration d'inconstitutionnalité, car aucune marge ne subsiste pour un arrêt interprétatif, qui impliquerait la proposition (ou l'imposition⁷²) de la part de la Cour d'une interprétation différente.

L'auto-limitation du juge constitutionnel s'est donc associée, d'un côté, à la reconnaissance du rôle d'unification de la jurisprudence qui est propre aux juridictions ordinaires suprêmes – et notamment à la Cassation – et, de l'autre, au respect de l'exigence de stabilité de l'interprétation, dont les justiciables sont les premiers bénéficiaires. Bien évidemment, pour les cas où les conditions pour que la Cour constitutionnelle s'incline ne seraient pas remplies, la Cour s'est réservée la possibilité de proposer son interprétation, de manière à ce qu'elle mette en jeu moins son autorité que son influence pour contribuer à dégager une interprétation qui débouche, le cas échéant, sur la formation d'un nouveau « droit vivant ».

La règle que la Cour constitutionnelle s'est elle-même imposée a permis de sortir de l'impasse et a assuré le maintien de la « paix » entre les juridictions constitutionnelle et suprêmes pendant plusieurs décennies. Ce n'est que vers la fin des années quatre-vingt-dix que quelques turbulences se sont manifestées, notamment lorsque la Cour constitutionnelle a abandonné l'attitude strictement respectueuse du « droit vivant », et donc, même en présence d'une interprétation uniforme, a parfois évité une déclaration d'inconstitutionnalité en proposant une interprétation différente de la disposition capable d'éliminer la cause de l'invalidité qui l'affectait⁷³. La Cour de cassation, dans un

71 Sur laquelle les contributions doctrinales sont très nombreuses. Parmi celles-ci, voir, notamment, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*, Milan, Giuffrè 1994 ; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit., p. 183 et suiv. ; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Naples, Jovene, 2008 ; E. RESTA, *Diritto vivente*, Rome-Bari, Laterza, 2008 ; M. CAVINO (sous la direction de), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, volume I, Milan, Giuffrè, 2009 ; M. CAVINO, « Diritto vivente », *Digesto delle discipline pubblicistiche – Aggiornamento*, Turin, Utet, 2010, p. 134 et suiv. ; A.S. BRUNO – M. CAVINO (sous la direction de), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, volume II, Milan, Giuffrè, 2011). Une étude récente concentrée sur la jurisprudence est celle de L. SALVATO, *Profili del « diritto vivente » nella giurisprudenza costituzionale*, Corte costituzionale, Servizio Studi e Massimario, février 2015, disponible en ligne à la page www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf [10 juin 2016].

72 Nous avons pu constater que la proposition est celle qui découle d'un arrêt interprétatif de rejet, tandis que les arrêts interprétatifs d'inconstitutionnalité se traduisent par l'obligation faite aux juges ordinaires de ne pas suivre l'interprétation qui a été déclarée inconstitutionnelle.

73 T. GROPPI a parlé d'une véritable « crise » de la doctrine du « droit vivant » : T. GROPPI, « Verso una giustizia costituzionale "mite" ? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni », *Politica del diritto*, 2002, 217 et s. ; cf., aussi, R. ROMBOLI, « Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge », op. cit., p. 89 et suiv.

premier temps, notamment par un arrêt de 1998⁷⁴, s'est montrée très « attentive » aux indications venant de la Cour constitutionnelle ; mais une telle attitude, que l'on aurait pu définir surprenante en comparaison avec celle adoptée dans le passé, a laissé la place, quelques années plus tard, par un arrêt de 2004⁷⁵, à une nouvelle revendication des pouvoirs interprétatifs des juges ordinaires, qui ne peuvent aucunement se voir obligés à suivre l'interprétation des dispositions législatives suggérée par la Cour constitutionnelle.

Cette dernière position de la Cour de cassation n'a quand même pas donné lieu à une nouvelle « guerre entre les cours », vu que la Cour constitutionnelle, par un arrêt de 2005⁷⁶, une fois constaté que son interprétation « constitutionnellement orientée » avait été rejetée par la Cour de cassation, n'a pas insisté dans l'approche conservatrice à l'égard de la disposition législative et a donc accepté d'en déclarer l'inconstitutionnalité⁷⁷.

La perturbation des équilibres entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation est, en soi, un événement important dans la vie du système (de n'importe quel système) de justice constitutionnelle, mais, peut-être, plus importantes encore sont les causes de cette perturbation. Or, la discontinuité qui s'est produite entre la fin du xx^e siècle et le début du xxi^e ne peut qu'être associée principalement à l'émergence de l'« interprétation conforme » comme élément central dans le système de justice constitutionnelle.

2. *L'interprétation conforme à la Constitution, alternative au contrôle incident*

L'alternative entre la censure des dispositions législatives pour méconnaissance de la Constitution et leur interprétation « conforme à la Constitution » fait en sorte que le contrôle incident ne se concrétise qu'au moment où l'interprétation conforme s'avère impossible (a), en raison des limites qui s'imposent à l'exercice herméneutique visant à l'élimination des antinomies entre la loi et la Constitution (b).

a. *Un exercice prioritaire*

L'alternative entre « interpréter » et « soulever » a été consacré par la Cour constitutionnelle elle-même, lorsque, en 1996, elle a posé le principe selon lequel « les lois ne sont pas déclarées inconstitutionnelles parce que l'on peut en donner des interprétations inconstitutionnelles [...], mais parce qu'il est impossible d'en donner des interprétations constitutionnelles ». Ce passage, tiré de l'arrêt du 22 octobre 1996, n° 356, a eu de conséquences majeures tant pour l'ancrage de la Constitution dans l'ordre juridique que pour le système de justice constitutionnelle.

74 Cf. Cour de cassation, chambres pénales unies, arrêt du 16 décembre 1998, *Anagni* ; l'arrêt est commenté par E. LAMARQUE, « Le sezioni unite penali della Cassazione « si adeguano » ... all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 1412 et suiv.

75 Cf. Cour de cassation, chambres pénales unies, arrêt du 17 mai 2004, *Pezzella* ; l'arrêt est commenté par G.P. DOLSO, « Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione », *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 3021 et suiv.

76 Cf. Cour constitutionnelle, arrêt du 22 juillet 2005, n° 299 ; l'arrêt est commenté par G.P. DOLSO, « Prognosi sul futuro delle interpretative di rigetto », *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 2930 et suiv.

77 Pour l'évolution des rapports entre Cour constitutionnelle et Cour de cassation marquée par les arrêts qui viennent d'être mentionnés, voir R. ROMBOLI, « Giudici comuni e Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi », *op. cit.*, p. 389 et suiv.

Pour ce qui est du premier aspect, on ne saurait négliger la correspondance évidente entre le passage de l'arrêt de 1996 concernant les rapports entre les lois et la Constitution et le passage d'un arrêt de 1988 relatif aux rapports entre les règlements et les lois qui énonce que « le principe de conservation des valeurs juridiques [...] amène à supposer qu'une disposition [réglementaire] n'est pas déclarée illégitime tant qu'il est possible en dégager au moins une portée conforme aux lois »⁷⁸. Le parallélisme entre les deux passages cités est la preuve la plus explicite du fait que l'application concrète de la Constitution est devenue, du moins à partir de 1996, parfaitement correspondante à celle qui est propre aux autres sources du droit. En d'autres termes, le caractère distinctif de la Constitution ne saurait être déduit de prétendues particularités qui en affecteraient la nature normative, car il ne réside désormais qu'en sa position apicale dans le système des sources du droit.

Or, si la Constitution est une source du droit à l'instar des autres, les juges ordinaires sont tenus d'en faire application de la même façon que les autres sources du droit. Et c'est justement en raison de cette équivalence potentielle qu'on peut mesurer les effets de l'ancrage de la Constitution sur le système de justice constitutionnelle. Si la Constitution elle-même prévoit un régime spécifique pour sa protection (le contrôle concentré), le rapprochement entre la Constitution et les autres sources du droit implique que la spécificité du régime doit être conçue comme une exception, d'où la nécessité de l'encadrer de la manière la plus restrictive possible. La Cour constitutionnelle a fait sienne cette approche par l'arrêt de 1996 précité, dans la mesure où celui-ci a ouvert la voie à une réduction maximale du domaine du contrôle concentré de constitutionnalité, un contrôle qui n'intervient que lorsque les options herméneutiques n'arrivent pas à assurer la cohérence du système : cantonné aux situations où le principe de conservation des actes juridiques s'efface, le contrôle concentré de constitutionnalité ne doit intervenir qu'en dernier ressort.

Dans la pratique, cette nouvelle approche théorique a eu des conséquences fondamentales sur le fonctionnement du système de justice constitutionnelle, non seulement du point de vue du changement concernant le rôle et la position de la Cour, mais aussi pour ce qui a trait aux juges ordinaires et notamment les conditions qui s'imposent afin de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité.

La mise en exergue de l'interprétation impliquait, à l'évidence, que la Cour constitutionnelle encourageait l'emploi, de la part des juges ordinaires, de tous leurs outils interprétatifs afin de limiter le recours à la question préjudicielle de constitutionnalité. En d'autres termes, les juges ordinaires ont été poussés, autant que possible, à ne pas demander à la Cour de déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions législatives, mais plutôt à faire en sorte de dégager une interprétation conforme à la Constitution⁷⁹.

78 Arrêt du 19 mai 1988, n° 559, paragraphe 4.1.2. de la partie en droit.

79 Sur l'interprétation des dispositions législatives visant à les rendre conformes à la Constitution et sur l'impact qu'une telle interprétation peut avoir sur le procès constitutionnel, voir P. FEMIA (sous la direction de), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006 ; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit. ; M. LUCIANI, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a" », *Federalismi.it*, 8 août 2007, n. 16 ; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, op. cit., p. 89 et suiv. ; M. D'AMICO – B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Turin, Giappichelli, 2009 ; CORTE COSTITUZIONALE, *Corte costituzionale, giudici comuni*

Cette tâche aurait pu rester cantonnée au niveau des recommandations, ce qui n'aurait changé guère la mission des juges, car dans leur recherche de l'interprétation à donner à une disposition législative ils ne sauraient négliger, en tous les cas, la source supérieure qui conditionne la validité de l'énoncé normatif. La Cour constitutionnelle, cependant, est allée considérablement plus loin et a créé une véritable obligation de rechercher une interprétation conforme. L'obligation a même été assortie de sanction, car la Cour a requis que le juge n'arrive à la saisir qu'une fois constatée l'impossibilité de donner à la disposition législative contestée une interprétation susceptible de la rendre compatible avec la Constitution. Par conséquent, si le juge soulève une question de constitutionnalité sans avoir au préalable expérimenté une interprétation conforme, la Cour ne jugera pas sur le fond de la question, mais rendra un arrêt d'irrecevabilité, voire une ordonnance d'irrecevabilité manifeste, par laquelle on sanctionne l'omission encourue par le juge dans l'accomplissement d'un devoir⁸⁰ : l'alternative entre « interpréter » et « soulever » s'est donc transformé en une consécution dans laquelle « interpréter » est l'antécédent nécessaire et « soulever » est le conséquent éventuel.

Eu égard à cette jurisprudence, on a pu enregistrer l'introduction prétorienne d'une troisième condition requise afin de pouvoir soulever des questions de constitutionnalité, une condition qui serait, en apparence, incompatible avec la deuxième, car la recherche nécessaire d'une interprétation conforme ne saurait s'adapter au jugement sommaire lié au contrôle du caractère « non-futile ». Les remarques que l'on a pu faire à propos de l'inéluctabilité de l'interprétation et de son corollaire consistant dans l'impossibilité de s'arrêter à un jugement purement sommaire⁸¹ surmontent, cependant, la difficulté sur le plan théorique. L'imposition de la recherche au préalable d'une interprétation conforme peut donc s'encadrer dans l'évolution concrète de la jurisprudence constitutionnelle, qui est devenue de plus en plus exigeante peut-être moins dans le but de limiter le nombre de renvois de questions de constitutionnalité (qui est désormais loin d'atteindre des seuils préoccupants pour le fonctionnement de la Cour)⁸² que dans celui de « prendre la Constitution au sérieux »⁸³.

e interpretazioni adeguatrici, Atti del Seminario (Roma, 6 novembre 2009), Milan, Giuffrè, 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Rome, Aracne, 2011; F. MANNELLA, *op.cit.*, p. 135 et suiv.; G. LANEVE, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. Vol. 1. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2014; M. RUOTOLO, *Interpretare: nel segno della Costituzione*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014; F. MODUGNO, « Al fondo della teoria dell'«interpretazione conforme alla Costituzione» », *Diritto e società*, 2015, p. 461 et suiv.; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Turin, Giappichelli, 2015, p. 106 et suiv.

80 À propos de cette obligation faite aux juges (et à la sanction de l'irrecevabilité), voir M.R. MORELLI, « Doverosità della previa verifica di una possibile « interpretazione adeguatrice » ai fini dell'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità e diverso regime del giudizio in via principale », *Giustizia civile*, 1997, I, p. 2353 et suiv.; A. CARDONE, « Ancora sulla dichiarazione di manifesta inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice a quo », *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 35 et suiv.; V. MARCENÒ, « Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente? », *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 785 et suiv.; F. MODUGNO, « Inammissibilità della *quaestio legitimitatis* per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 2405 et suiv.; M. RAVERAIRA, *Le critiche all'interpretazione conforme: dalla teoria alla prassi di un'incidentalità «accidentata»?*, in *Giur. it.*, 2010, 1968 et s.; A. BONOMI, « Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza? », *Osservatorio costituzionale. Associazione italiana dei costituzionalisti (www.osservatorioaic.it)*, octobre 2013, ainsi que les contributions citées à la note précédente.

81 Cf. *supra*, I, A.2.a.

82 Sur cette évolution, qui a fortement caractérisé le contrôle incident et son importance dans le cadre du système de justice constitutionnelle, voir P. PASSAGLIA, « Les âges du contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception en Italie », in L. GAY (sous la direction de), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 573 et suiv.

83 L'expression reprend, à l'évidence, le célèbre ouvrage de R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. fr. par M.J. Rossignol et F. Limare, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

L'obligation faite aux juges, d'ailleurs, n'a pas eu de conséquences uniquement sur la recevabilité des questions, car lorsque le juge soulève la question de constitutionnalité, et donc conclut qu'aucune interprétation n'est en mesure de rendre la disposition législative conforme à la Constitution, la Cour constitutionnelle n'est pas astreinte à cette conclusion. Autrement dit, la Cour constitutionnelle est elle-même tenue de chercher une interprétation conforme, puisque dans l'alternative entre « interpréter » et « annuler », elle devra donner la priorité à l'interprétation : il se peut, donc, qu'en statuant sur une question de constitutionnalité, la Cour arrive à corriger le juge *a quo* en dégagant une interprétation conforme qu'il n'avait pas réussi à identifier. Bien évidemment, une telle correction aura lieu dans le cadre d'un arrêt de rejet, aucune déclaration d'inconstitutionnalité n'étant requise ou, à proprement parler, n'étant même possible, eu égard au principe décelé en 1996 : en effet, pour la Cour aussi l'alternative entre l'interprétation et l'annulation n'est pas une alternative réelle, car il s'agit à nouveau d'une consécution qui a, comme premier stade nécessaire, l'interprétation, et comme second éventuel, l'annulation qui est effectivement à concevoir comme un véritable dernier ressort.

b. Un pouvoir limité

Le débat concernant les pouvoirs interprétatifs des juridictions constitutionnelle et ordinaires a acquis une importance capitale pour la définition même du système de justice constitutionnelle. Si l'interprétation conforme a désormais une place de premier plan au sein du contentieux constitutionnel, le recours à cette technique n'est pour autant pas dépourvu de limites. Les principales limites ont trait, d'un côté, à la compatibilité entre le dégagement d'une interprétation conforme et le texte de la disposition à interpréter (i) et, de l'autre, à la possibilité de dégager une interprétation conforme qui diffère de l'interprétation couramment adoptée pour la disposition (ii).

(i) Dans l'ordre italien, le droit positif n'encadre pas les méthodes d'interprétation des lois. L'article 12 des Dispositions sur la loi en général, préliminaires au Code civil de 1942, énonce des règles, qui ne sont toutefois pas contraignantes pour les juges⁸⁴. La première, et la plus importante, est celle de l'interprétation littérale : « en faisant application de la loi, on ne saurait lui attribuer un contenu différent de celui qui résulte de la portée des mots sur la base de leur connexion » ; ensuite, l'article 12 fait référence à l'« intention du législateur », à l'analogie et, enfin, à la nécessité d'avoir recours, le cas échéant, aux principes généraux de l'ordre juridique. D'autres méthodes ont été identifiées par la doctrine, tels que, par exemple, l'interprétation systématique, qui se fonde sur le contexte juridique dans lequel la disposition de loi s'insère, l'interprétation téléologique, qui fait primer les objectifs du législateur, et l'interprétation évolutive, qui tend à adapter la portée de la disposition aux changements intervenus au sein de la société.

Or, l'interprétation conforme à la Constitution paraît pouvoir se définir comme une interprétation systématique⁸⁵, du fait que la portée de l'énoncé normatif est déterminée en faisant référence

⁸⁴ Sur la portée de l'article 12 des Dispositions sur la loi en général, voir, récemment, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, *op. cit.*, p. 368 et suiv. ; M. NISTICÒ, *op. cit.*, p. 81 et suiv.

⁸⁵ Cf., notamment, F. MODUGNO, « Al fondo della teoria dell'«interpretazione conforme alla Costituzione» », *op. cit.*, p. 465 et suiv.

à des dispositions autres, qui se trouvent dans le système et qui le caractérisent en raison de leur position apicale. L'enjeu principal, cependant, n'est pas d'ordre définitoire. Il réside, plutôt, dans la question concernant jusqu'où l'interprétation conforme peut se pousser. Si le sens commun, avant même n'importe quelle règle juridique, implique que le point de départ de toute interprétation ne puisse être que le texte de la disposition, aucune règle ne définit la manière et la mesure qui justifient une interprétation conforme par laquelle on s'écarte du texte. Autrement dit, il n'est pas possible de donner au préalable une définition des limites textuelles qui s'imposent dans la recherche de la compatibilité avec la Constitution⁸⁶.

C'est justement en raison de l'absence de règles que la jurisprudence constitutionnelle est essentielle afin de donner des précisions et d'orienter la pratique. À ce propos, la Cour constitutionnelle n'a pas montré une approche constante ; bien au contraire, la jurisprudence a considérablement changé au cours des ans. Si, surtout dans une première phase, la Cour a encouragé l'emploi de la méthode de l'interprétation conforme même dans des cas où les énoncés normatifs paraissaient l'empêcher ou, du moins, présentaient des obstacles significatifs⁸⁷, plus récemment la pratique est allée dans le sens d'une certaine attention, voire déférence, à l'égard du texte de la disposition à interpréter. Un exemple parlant de cette dernière attitude – parmi beaucoup d'autres – est sans doute offert par le récent arrêt de la Cour dans lequel elle a pris soin de préciser que « l'obligation de parvenir à une interprétation conforme à la Constitution cède le pas au contrôle incident de la constitutionnalité [de la loi] chaque fois que celle-ci est incompatible avec le texte de la disposition et s'avère tout à fait excentrique et bizarre, même à la lumière du contexte normatif dans lequel la disposition se situe » : « l'interprétation conformément à la Constitution est obligatoire et elle a une priorité indiscutable vis-à-vis des autres [...], mais elle relève tout de même de la catégorie des techniques interprétatives qui ont une portée déclarative et dont le juge dispose dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle » ; « par conséquent, si, en faisant emploi de ces techniques, il n'est pas possible de dégager de la disposition une norme conforme à la Constitution, le juge est tenu de saisir [la] Cour de la question de constitutionnalité relative »⁸⁸.

En définitive, le texte de la disposition doit rester le point de repère pour toute activité herméneutique, ce qui paraît nécessaire, d'une part, pour s'assurer contre toute dérive de l'activité interprétative qui empiète sur la prévisibilité des décisions juridictionnelles et, de l'autre, pour garantir la cohérence du système de justice constitutionnelle, qui demeure fondé, du point de vue de la protection de la Constitution, sur le pouvoir d'annuler les dispositions législatives inconstitutionnelles⁸⁹.

86 À propos des limites à l'interprétation conforme, voir, récemment, F. MODUGNO, « Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione” », *op. cit.*, p. 467 et suiv. ; M. NISTICÒ, *op. cit.*, p. 126 et suiv.

87 Pour une critique de cette attitude de la Cour constitutionnelle, voir M. LUCIANI, « Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo) », *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 3833 et suiv.

88 Les passages cités sont tirés de l'arrêt du 19 février 2016, n° 36. Dans l'arrêt, la Cour opère une référence explicite à l'arrêt du 20 juin 2008, n° 219, qui a également indiqué – quoique de façon peut-être moins efficace – dans la compatibilité avec le texte de la disposition une limite infranchissable pour l'interprétation conforme.

89 Dans le sens que la limite naturelle de l'interprétation conforme réside dans l'impossibilité de transformer, dans la pratique, le contrôle de constitutionnalité concentré en un contrôle diffus, voir M. LUCIANI, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a” », *op. cit.*, p. 15 et suiv.

(ii) L'interprétation conforme peut se voir limitée, non seulement par le texte de la disposition législative, mais aussi par l'interprétation qui s'est consolidée sur celle-ci, car le fait qu'un énoncé soit généralement interprété d'une certaine manière crée un obstacle majeur au dégagement et à la diffusion de toute autre interprétation. Autrement dit, dans la pratique on ne saurait exclure que la possibilité d'adopter une interprétation conforme soit entravée par l'existence d'un « droit vivant » contraire⁹⁰. On a pu constater que la fin de la « guerre des deux cours » s'est produite lorsque la Cour constitutionnelle a accepté de ne pas toucher au droit vivant par voie d'interprétation et ne s'est réservée que le pouvoir de censurer, le cas échéant, l'inconstitutionnalité de la disposition telle qu'elle résultait du droit vivant.

La question qui s'est posée est donc de savoir si les juges ordinaires, en présence d'un droit vivant, étaient censés chercher une interprétation conforme à la Constitution ou bien si, une fois constatée l'incompatibilité entre la disposition législative (résultant du droit vivant) et la Constitution, il leur était demandé de soulever directement la question préjudicielle de constitutionnalité. La réponse donnée par la Cour constitutionnelle a certifié la « crise » du droit vivant⁹¹, dans la mesure où celui-ci n'est pas un obstacle à l'interprétation conforme. La solution à laquelle la jurisprudence constitutionnelle est arrivée est que, d'un côté, en défaut d'un droit vivant le juge a l'obligation de chercher une interprétation conforme, tandis que, de l'autre, en présence d'un droit vivant le juge a le choix entre « se conformer (au droit vivant) » et « tenter de conformer (la disposition législative à la Constitution) » : la question de constitutionnalité peut donc suivre la réception de l'interprétation consolidée ou bien la constatation de l'impossibilité de donner à la disposition une interprétation qui la rende compatible avec la Constitution.

Il en résulte que la montée en puissance de la méthode de l'interprétation conforme a eu des conséquences tellement importantes que même une des pierres angulaires des rapports entre Cour constitutionnelle et juridictions ordinaires, tel que le droit vivant, en a été affectée, au point que son existence peut être ignorée lors du renvoi de la question de constitutionnalité.

Cette constatation n'est qu'une preuve supplémentaire du fait que l'ancrage de la Constitution a rendu le respect et l'application de celle-ci la seule véritable clef de voûte du système de justice constitutionnelle.

B. Une Constitution protégée indépendamment des remèdes contre le refus de soulever la question de constitutionnalité

Le choix de créer un système de justice constitutionnelle concentré a été justifié par un certain nombre de raisons, qui étaient sans doute très fortes lorsque la Constitution a été adoptée. En tenant compte de l'évolution qui a caractérisé l'ordre juridique italien, les raisons n'apparaissent plus aussi fortes que dans le passé. Par conséquent, l'idée même d'un monopole du contrôle de constitutionnalité

⁹⁰ À ce propos, voir A. ANZON, « Il giudice *a quo* tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente », *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1082 et suiv. ; V. MARCENÒ, *op. cit.*

⁹¹ Cf. *supra*, II, A.1.b.

dont jouit la juridiction spécialisée devient un sujet de débat, à l'instar de l'existence et de l'efficacité des voies qui assurent un tel monopole.

Dans ce cadre, il ne semble pas impossible de défendre la thèse selon laquelle les remèdes existants contre le refus de soulever la question de constitutionnalité ne seraient marqués par les défaillances constatées auparavant, mais plutôt par leur inutilité (1) ou même par la possibilité d'être nuisibles pour la sécurité juridique (2).

1. *Des remèdes potentiellement inutiles*

L'importance attachée au monopole du contrôle de constitutionnalité confié à la Cour constitutionnelle a une influence majeure sur la nature et sur l'intensité de l'impact à reconnaître aux remèdes contre le refus opposé par un juge ordinaire de saisir la Cour (a). Il en résulte que si la confiance dans les vertus du modèle concentré s'affaiblit, l'utilité même de ces remèdes peut être mise en question (b).

a. *L'efficacité postulée du système concentré*

Le choix du modèle européen de justice constitutionnelle trouve sa justification profonde dans l'idée que la création d'une juridiction spécialisée puisse représenter une forme de protection de la Constitution plus efficace et plus adéquate, eu égard à la tradition, à l'histoire des institutions et à celle des pensées politiques qui caractérisent le continent européen.

Ce sont justement celles-ci qui ont conduit au refus du modèle américain (qu'il serait, en réalité, plus correct d'identifier dans le modèle anglo-saxon⁹²), un refus qui s'est manifesté d'abord dans la pratique⁹³ et qui a pu être par la suite formalisé du point de vue théorique, notamment par l'élaboration de Kelsen.

L'alternative entre modèle européen (concentré) et modèle anglo-saxon (diffus) s'est appuyée en particulier sur les différences concernant, d'un côté, la conception de la loi et, de l'autre, la position des juges au sein du système.

92 L'idée reçue selon laquelle le contrôle de la constitutionnalité des lois a été inauguré par le célèbre arrêt *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803), nous paraît susceptible de révision critique, notamment eu égard à l'évolution connue par le droit britannique avant les révolutions du xvii^e siècle et à l'influence que la jurisprudence anglaise de cette période a eu sur l'élaboration de la « doctrine Marshall ». À ce propos, la possibilité de contrôler la compatibilité des lois avec les principes du *common law* s'était affirmée du moins à partir du *Dr. Bonham's Case*, au début du siècle (« [i]l appert dans nos livres que, dans nombre de cas, le *common law* contrôlera les actes du Parlement et parfois les annulera complètement : car lorsqu'un acte du Parlement est contraire au commun bien et à la commune raison ou est répugnant ou impossible à exécuter, le *common law* le contrôle et considère qu'un tel acte est nul » : *Dr. Bonham* (1611) 8 Co. Rep. 107a, 114a CP), avant que la situation institutionnelle et politique suggère une attitude plus déférente vis-à-vis du législateur. À ce propos, voir, en français, C. GIRARD, « Le réalisme du juge constitutionnel britannique : un réalisme doucement réformé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 256 et suiv.

93 Un tel refus s'est manifesté, par exemple, en France, au cours de la III^e République, lorsque les tentatives d'introduire un contrôle des lois « à l'américaine » ont toutes été repoussées. Pour l'analyse du débat (doctrinal, jurisprudentiel et politique), voir J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés ?*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1976 ; M. VERPEAUX, « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III^e République », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, p. 688 et suiv. ; D. ROUSSEAU, « La question du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la III^e République », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1994, p. 311 et suiv. ; J.-P. MACHELON, « Parlementarisme absolu, État de droit relatif. À propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la III^e République (positions et controverses) », *Revue administrative*, 1995, p. 628 et suiv. ; M. MILET, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de science politique*, 1999, p. 783 et suiv. ; A. LAQUIÈZE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^e siècle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2002, p. 29 et suiv.

Pour ce qui est de la conception de la loi, la sacralisation qui en avait été faite au Siècle des Lumières, notamment par Rousseau⁹⁴, entérinée, ensuite, par l'œuvre des révolutionnaires, s'était répandue depuis la France vers un bon nombre de systèmes européens, parmi lesquels figurait sans doute l'Italie. Eu égard à ce point de départ, l'introduction d'une constitution rigide était forcément la manifestation d'un abaissement de la loi, qui s'était déjà produit du point de vue matériel, du fait de la perte des caractères qui étaient propres à la loi selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et qui se concrétisait désormais même sur le plan formel, par l'introduction d'un niveau supra-législatif dans la hiérarchie des normes.

L'abaissement n'impliquait pas, toutefois, une « banalisation » de la loi : tout en devenant un acte subordonné, la loi ne perdait pas tout son prestige, au point qu'il aurait été même difficile de proposer une assimilation, sur le plan du contrôle juridictionnel, avec les règlements et les autres actes normatifs. Ceci parce que la loi étant (encore) adoptée par les représentants du peuple, l'idée même de la soumettre à un contrôle juridictionnel était loin d'être incontestée : on a pu constater⁹⁵ que, d'un côté, une partie considérable des forces politiques présentes dans l'Assemblée constituante s'opposait à tout contrôle et, de l'autre, même les partisans du contrôle avaient été profondément influencés par une culture juridique marquée par le légicentrisme, d'où leur recherche d'entourer la loi d'une forme de protection au moment même où le principe de constitutionnalité s'imposait.

Dans ce cadre, les particularités de l'objet du contrôle de constitutionnalité ont justifié la création d'un système où la garantie juridictionnelle s'associait à la prise en compte des spécificités de la loi, tirées, d'une part, de ses effets généraux et, de l'autre, de la nature intrinsèquement politique de la décision qui est à son origine. La juridiction constitutionnelle, tout en marquant une rupture avec la tradition de l'incontestabilité de la loi ou, tout au plus, de sa soumission à un contrôle uniquement politique⁹⁶, était donc le moyen pour mettre en œuvre le principe de constitutionnalité sans pour autant négliger l'opportunité d'entourer la loi d'un statut qui soit quelque peu protecteur. Et la protection résultait d'une juridiction qui, par sa composition et par sa position dans le système institutionnel, était censée juger en tenant compte des implications politiques de ses jugements. En d'autres termes, la juridiction constitutionnelle était conçue comme le moyen pour atteindre un équilibre entre les raisons du droit (la protection de la Constitution vis-à-vis des sources subordonnées) et les raisons de la politique (par le biais de l'attention aux conditions d'adoption et aux effets des décisions des représentants du peuple). Compte tenu de cet équilibre, la création d'une juridiction constitutionnelle, dans les attentes des Constituants, devait assurer de *meilleurs* jugements, c'est-à-dire des

94 La référence est, bien sûr, à J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Rey, 1762), Livre II, Chapitre VI, et à sa définition de la loi comme l'acte de la volonté générale (« quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même ; et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi »).

95 Cf. *supra*, I, A.1.a.

96 La notion de contrôle politique de la loi a trouvé son élaboration première et sans doute fondamentale dans la proposition d'institution du Jury constitutionnaire (« dépositaire-conservateur de l'acte constitutionnel »), faite par l'abbé Sieyès lors de l'écriture de la Constitution de l'An III (cf. « Convention nationale. Opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du Jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République ; imprimée par ordre de la Convention nationale », in E.-J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges et autres textes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 137 et suiv.).

jugements plus complets au niveau des arguments pris en considération et plus équilibrés entre la pratique du système institutionnel et politique et la théorie du principe de constitutionnalité.

Au soutien de la création d'une juridiction constitutionnelle, cependant, il n'y avait pas que la protection de la loi⁹⁷. Le principe de séparation des pouvoirs, tel qu'il a été conçu sur le continent européen, a joué un rôle essentiel, notamment dans la mesure où il a encadré sur le plan théorique la méfiance vis-à-vis des juges qui s'était nourrie de la polémique des Lumières⁹⁸, d'abord, et de la critique du système américain⁹⁹, ensuite.

La position subordonnée des juges par rapport à la loi (et au législateur), dans un système pourtant caractérisé par l'application du principe de séparation des pouvoirs, avait été très clairement dégagé déjà par Montesquieu, lorsqu'il s'était demandé comment les juges auraient dû se comporter dans le cas où « la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait [...] trop rigoureuse »¹⁰⁰. La réponse figure parmi les passages les plus cités de l'histoire de la pensée juridique : « les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »¹⁰¹.

L'empreinte de cette théorie s'est affichée dans les systèmes européens, où le rôle du juge a été longtemps cantonné dans un domaine autre que celui des acteurs politiques. La prohibition de tout empiétement s'est traduite, d'abord, par l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, aux termes duquel « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture », avant de trouver une consécration constitutionnelle par la Constitution de 1791, Titre IIIe, Chapitre V, Article 3 : « les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois ». Une telle attitude vis-à-vis des juges, propre au système français, s'est manifestée dans un bon nombre de pays continentaux, y compris en Italie, en contribuant de manière considérable à dégrader « la puissance de juger, si terrible parmi les hommes » au rang d'une puissance, « pour ainsi dire, invisible et nulle »¹⁰².

Le fait que les juges italiens n'aient pu s'opposer efficacement à l'instauration de la dictature fasciste, qu'ils n'aient pas eu la force de faire primer les principes libéraux envers la subversion, fût, pour le passé, une conséquence du cantonnement des juges hors des questions « politiques » et, en même temps, a été, pour l'avenir, la preuve des risques que le nouveau système républicain aurait pu encourir si sa protection avait été laissée dans les mains des juges ordinaires. À cet égard aussi, donc, la création d'une juridiction constitutionnelle représentait un bouleversement du système

97 L'ensemble des raisons qui ont été à l'origine du modèle européen de justice constitutionnelle est analysé avec l'habituelle profondeur et richesse de détails par L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 6 et suiv.

98 Parmi le grand nombre d'exemples que l'on pourrait mentionner, une place particulière est – semble-t-il – à réserver, pour sa virulence et son efficacité, au conte de VOLTAIRE, *Zadig ou la Destinée, Histoire orientale*, Londres, 1748.

99 La référence obligée est à É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.

100 C. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

plus limité que celui qui aurait pu se réaliser par l'élargissement des pouvoirs confiés aux juridictions ordinaires existantes. Cela parce que la mise en place de la nouvelle institution pouvait être justifiée, en même temps, par deux raisons en quelque sorte opposées : d'un côté, une juridiction constitutionnelle évitait que se matérialise un « gouvernement des juges » fondé sur leurs pouvoirs de sanctionner les actes des représentants du peuple ; de l'autre, la juridiction constitutionnelle, en raison de son efficacité, aurait mieux et plus efficacement protégé la Constitution.

À l'évidence, pour que ces bénéfices se produisent, la Cour constitutionnelle devait et doit être en mesure de trancher les litiges. C'est cette constatation qui fonde l'importance des remèdes contre les décisions des juges refusant de soulever les questions de constitutionnalité. Or, une telle importance pourrait être remise en cause dans le cas où ses fondements théoriques deviendraient discutables : l'évolution connue par le système au fil des ans pourrait offrir une opportunité de discussion.

b. Une efficacité discutable

Soixante ans se sont écoulés depuis que la Cour constitutionnelle a été mise en place et presque soixante-dix depuis que le choix a été fait en faveur d'un contrôle concentré de la constitutionnalité des lois. Il se peut qu'il soit temps de réexaminer les raisons qui ont été avancées pour justifier ce choix, car l'ordre juridique a profondément évolué, notamment grâce à l'ancrage de la Constitution, ainsi qu'à d'autres raisons peut-être moins évidentes, mais tout de même non négligeables.

Si la Cour constitutionnelle a été créée pour la confiance qui reposait sur son efficacité, on ne saurait contester que cette confiance était tout à fait justifiée, eu égard à l'œuvre qui a caractérisé la Cour tout au long de son histoire. La question n'est donc pas de savoir si le système a bien fonctionné, puisque la réponse est évidente, mais plutôt si le système ne pouvait pas fonctionner autrement et – surtout – si, dans l'avenir, il ne pourrait pas fonctionner autrement. Les réponses à donner ont une influence majeure sur l'appréciation des remèdes contre les refus de saisir la Cour, du moment que leur utilité, voire leur nécessité se mesure justement par rapport à l'importance que l'on reconnaît au système concentré et au monopole du contrôle de constitutionnalité qui en résulte au profit de la Cour.

Or, puisque le monopole du contrôle s'est appuyé, pour l'essentiel, sur l'idée que la Cour était en mesure de rendre des jugements *meilleurs* que ceux qui auraient pu être rendus par les juges ordinaires, la mission est de vérifier si, à présent, les raisons qui jadis fondaient incontestablement l'usage du comparatif de supériorité sont encore valides aujourd'hui. Ces multiples raisons se résument, pour l'essentiel, au fait que la Cour constitutionnelle, à la différence des juges ordinaires, était censée être suffisamment équipée pour répondre de manière adéquate aux sollicitations venant du principe de constitutionnalité et, en même temps, des exigences « politiques » (*lato sensu*) du système.

Une approche comparatiste permet d'avancer des réserves envers l'idée que le système concentré se caractérise pour le fait d'assurer une mise en balance plus efficace entre les exigences du droit et celles de la « politique ». Les expériences des systèmes diffus offrent, en effet, de très bons exemples de contrôles de constitutionnalité qui ne manquent pas de prendre en considération des raisons

autres que la pure appréciation de la validité des normes. Il suffit de faire référence à la Cour suprême des États-Unis pour en avoir la preuve : l'évocation de la doctrine des « *political questions* » s'impose. Pour cette dernière, certaines questions, eu égard à leur caractère principalement politique, sortent du domaine des affaires qui peuvent être soumis au contrôle juridictionnel et, par conséquent, la Cour en refuse tout simplement l'examen sur le fond¹⁰³.

Mais encore plus révélatrice est la jurisprudence issue de la célèbre *Footnote Four* (la note en bas de page qui figure dans l'Opinion de la Cour de l'arrêt *United States v. Carolene Products Company*¹⁰⁴), qui a très clairement énoncé l'existence de plusieurs niveaux du contrôle, associés à des intensités diverses selon le caractère du vice dénoncé, et notamment les principes et les droits dont la méconnaissance est en cause, de la sorte que le niveau du contrôle le plus strict de la constitutionnalité des lois a été limité aux trois conditions suivantes : la violation manifeste d'une disposition constitutionnelle ; l'atteinte visant à dénaturer ou à truquer le processus politique ; la discrimination contre de minorités, et notamment contre celles qui ne disposent pas d'une consistance ou de pouvoirs suffisants pour chercher à obtenir une réparation au sein du processus politique¹⁰⁵. On aurait du mal à contester que cette approche est ouverte aux exigences politiques.

Si cette position de la Cour suprême des États-Unis est peut-être celle qui montre de la manière la plus explicite la modulation de l'intensité du contrôle par rapport aux implications politiques, bien d'autres exemples pourraient être tirés d'autres juridictions de *common law*, à partir de l'arrêt *R. c. Oakes*¹⁰⁶ de la Cour suprême canadienne, qui a remarquablement énoncé les volets du contrôle de proportionnalité de la loi.

À ce stade de l'argumentation, on pourrait objecter que les Cours suprêmes des systèmes diffus, en raison de leur histoire, de leur composition et des missions qui leur ont été confiées, sont en mesure d'opérer un contrôle que les juges ordinaires des systèmes de droit continental ne sauraient pas opérer. On a pu préciser, à cet égard, que les juges de l'Europe continentale sont des magistrats de carrière dont la formation leur empêche de saisir parfaitement la portée de la Constitution, car « les normes des Constitutions modernes sont quelque chose de très différent des normes de lois usuelles, que les juges des Cours suprêmes européennes [...] ont été habitués pendant des décennies à interpréter, à respecter et à faire respecter, avec une technique herméneutique très lointaine des « *policy-making decisions* » qui sont nécessairement requises dans une activité de contrôle de la validité matérielle des lois et de mise en œuvre de la norme constitutionnelle »¹⁰⁷.

103 La formulation « moderne » de cette doctrine remonte à l'opinion concourante du juge William J. Brennan dans l'arrêt *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Pour plus de détails, voir F.W. SCHARPF, « Judicial Review and the Political Question : A Functional Analysis », *Yale Law Journal*, 1966 (75), p. 517 et suiv. ; R.F. BARKOW, « More Supreme Than Court ? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy », *Columbia Law Review*, 2000 (102), p. 237 et suiv.

104 304 U.S. 144 (1938).

105 La note est considérée comme « la note la plus célébrée du droit constitutionnel » : cf. L. F. POWELL, « Carole Products Revisited », *Columbia Law Review*, 1982 (82), p. 1087 ; voir aussi F. GILMAN, « The Famous Footnote Four : A History of the Carolene Products Footnote », *South Texas Law Review*, 2004 (46), p. 163 et suiv.

106 [1986] 1 R.C.S. 103.

107 Cf. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milan, Giuffrè, 1968, p. 75.

Dans le contexte italien, de telles remarques étaient indiscutables lorsque la Constitution venait à peine d'entrer en vigueur, d'autant plus que la large majorité des juges qui étaient alors en charge avaient longtemps exercé leur profession pendant la période fasciste ou bien ils avaient reçu leur formation juridique pendant la période fasciste, ce qui ne pouvait évidemment pas assurer leur attachement aux principes constitutionnels tout neufs que l'Assemblée constituante venait de livrer.

Presque sept décennies après, le contexte a sans doute changé de manière considérable. On ne fait pas références aux révisions intervenues ni même aux contenus normatifs qui découlent des articles de la Constitution à la suite de leur interprétation : les changements majeurs ont eu trait à la perception de la Constitution dans l'ordre juridique.

L'ancrage de la Constitution n'est plus en question, ainsi que l'attachement des juges aux principes constitutionnels, car leur formation est une formation entièrement « républicaine ». Encore, et surtout, dans leur activité ils sont désormais habitués à faire emploi de la Constitution en tant que source du droit à part entière, susceptible, selon les cas, d'application directe ou d'orienter l'interprétation des actes subordonnés. On pourrait même arriver à dire, sans que cela puisse être sérieusement contestable, que, si la Constitution est ancrée dans le système, cela n'est pas seulement le résultat de l'œuvre de la Cour constitutionnelle, mais aussi de l'engagement des juges ordinaires, qui ont été d'excellents élèves du magistère de la juridiction du Palais de la Consulta.

Il n'est pas question de soutenir que les disciples ont dépassé le maître. Bien plus simplement, il est question de relativiser l'efficacité du contrôle concentré : si l'on ne saurait contester que le contrôle de la Cour est efficace, on ne saurait exclure non plus que le contrôle par les juges ordinaires est également efficace. Dans ce cadre, l'utilité même des remèdes contre le refus de saisir la Cour constitutionnelle doit être relativisée, car ceux-ci sont moins une protection indispensable pour la Constitution que des moyens pour assurer le fonctionnement *d'un certain* système de protection, un système qui n'est pas le seul à être envisageable¹⁰⁸.

108 La doctrine italienne admet de plus en plus explicitement que le système de justice constitutionnelle, né comme concentré, a acquis des aspects qui le rapprochent de plus en plus d'un système diffus. Tout en enregistrant cette tournure, plutôt que prôner une transformation du système, on a tendance à mettre en évidence sa nature hybride dérivant de la coexistence du contrôle concentré originaire et des éléments de diffusion survenus : cf., par exemple, E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (sous la direction de), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, op. cit. ; A.M. NICO, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007 ; L. CAPPUCIO – E. LAMARQUE (sous la direction de), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitucional Courts and Democratic Values*, Naples, Editoriale Scientifica, 2013 ; voir aussi, A. RUGGERI, « La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovverosia tra esibizione della "diffusione" e vocazione all'"accentramento" », *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, p. 69 et suiv., qui toutefois pointe plutôt l'attention sur la force des éléments qui fondent le contrôle concentré.

Une approche différente est celle qui propose de s'interroger sur l'opportunité d'un changement du système de justice constitutionnelle qui puisse mettre davantage en valeur le rôle des juges comme protecteurs des droits fondamentaux et – par cela, même – de la Constitution. Dans cette perspective, notamment, R. ROMBOLI, « I differenti livelli di protezione dei diritti : un invito a ripensare i modelli », *Osservatorio sulle fonti.it*, 2015, n° 1, avance l'idée d'un système où le contrôle concentré et le contrôle diffus coexistent. Pour notre part, nous avons eu l'occasion de poser la question (en s'arrêtant toutefois à ce stade) concernant la possibilité d'envisager une transformation du système par l'adoption du modèle diffus : cf. P. PASSAGLIA, « The Italian system of constitutional review : a Kelsenian model moving towards a decentralized model ? », in J. BELL – M.-L. PARIS (sous la direction de), *Rights-Based Constitutional Review: Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Cheltenham – Northampton, Massachusetts, Elgar, 2016, p. 247 et suiv.

2. *Des remèdes potentiellement nuisibles à la sécurité juridique*

La sécurité juridique est un autre principe qui est très souvent évoqué pour justifier le choix du modèle de justice constitutionnelle concentré. Toutefois, aucun système ne peut assurer une protection complète du principe (a). Eu égard aux différents éléments à considérer et à mettre en balance, il se peut même que la recherche d'une protection plus forte, par le biais d'un renforcement du « degré de concentration » du système, puisse conduire à des résultats contraires à l'objectif poursuivi (b).

a. Une protection inachevable

Un des atouts les plus remarquables des systèmes concentrés est souvent identifié dans les bénéfices qu'ils apportent à la sécurité juridique. Le monopole du contrôle de constitutionnalité, associé à celui du pouvoir d'annulation des dispositions législatives inconstitutionnelles, fait de la juridiction constitutionnelle un garant perçu comme particulièrement performant de la sécurité, en ce qu'elle efface de l'ordre juridique toutes les dispositions dont elle est saisie et dont elle constate la non conformité à la Constitution. Les dispositions qui sont annulées (ou, selon les cas, déclarées nulles¹⁰⁹) ne sont plus susceptibles d'application, pour la simple et bonne raison qu'elles ne figurent pas (ne figurent plus) parmi les composantes du droit positif.

L'impossibilité de faire recours contre les jugements des cours ou des tribunaux constitutionnels¹¹⁰ parachève le système de protection de la sécurité juridique, car elle exclut toute oscillation sur le point de savoir si une disposition est à appliquer ou pas.

Ces arguments sont à la base de la critique la plus forte portée par une partie de la doctrine italienne envers la jurisprudence de la Cour qui a fortement encouragé l'interprétation conforme comme alternative à l'inconstitutionnalité¹¹¹.

À l'appui de la critique, il est précisément fait valoir que le principe de conservation des actes juridiques n'est pas sans conséquences sur la sécurité juridique, notamment lorsqu'il est poussé jusqu'à rechercher une interprétation conforme qui est loin d'être évidente et qui est donc susceptible à tout moment d'être contestée dans la pratique judiciaire. Si le prix à payer pour l'observance du principe de conservation est celui de maintenir au sein du droit positif une disposition dont la constitutionnalité est discutable, un tel sacrifice doit être limité autant que possible, notamment par un recours très prudent à l'interprétation conforme, recours qui ne peut donc pas se traduire par l'adoption d'interprétations trop audacieuses.

109 Les notions d'annulation et de nullité peuvent engendrer quelques malentendus, car dans un bon nombre de systèmes la juridiction constitutionnelle (par exemple, en Allemagne et en Espagne) est chargée de déclarer la nullité des dispositions inconstitutionnelles, alors qu'en Italie la déclaration d'inconstitutionnalité se traduit par une annulation. La notion de « nullité » se rapproche plutôt de l'inexistence de la loi, c'est-à-dire d'une cause d'invalidité qui affecte l'acte législatif de la manière la plus radicale (généralement pour des vices graves affectant la procédure législative). Or, quand l'on constate une cause d'inexistence, ce n'est pas la Cour constitutionnelle qui doit la déclarer, mais ce sont les juges ordinaires qui ont l'obligation de ne pas appliquer la loi. La référence faite à la nullité dans le texte n'a rien à voir avec le vice radical d'inexistence ; elle est donc à entendre comme une tentative de généraliser l'argumentation au-delà du seul cas italien.

110 La règle est établie, dans l'ordre juridique italien, par l'article 137, alinéa 3, de la Constitution, aux termes duquel « [a]ucune voie de recours n'est admise contre les décisions de la Cour constitutionnelle ».

111 Cf., par exemple, M. LUCIANI, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a" », *op. cit.*, p. 8.

Une telle prudence s'imposerait, non seulement afin d'assurer l'existence d'un rapport facilement vérifiable de compatibilité entre la Constitution et les dispositions législatives, mais aussi du fait que l'absence d'un système fondé sur le précédent obligatoire, à l'instar des pays anglo-saxons, empêche d'arrêter la position de la jurisprudence relativement à l'interprétation d'une disposition législative que l'on pourrait qualifier de « constitutionnelle sous réserve », en reprenant ainsi une terminologie courante dans la pratique française de la justice constitutionnelle.

Or, dans un système correspondant au modèle théorique de droit continental, les critiques envers l'encouragement excessif de l'usage des pouvoirs interprétatifs au lieu de l'inconstitutionnalité paraîtraient assez difficiles à surmonter. Un tel système, d'ailleurs, avait été très clairement préconisé par Kelsen lorsqu'il esquissait les grandes lignes du modèle de justice constitutionnelle alternatif au système américain, en conférant à la juridiction constitutionnelle la mission d'un « législateur négatif »¹¹². L'image est très évocatrice, car elle renvoie au mécanisme de l'action (la décision du législateur) et de la réaction (l'arrêt d'inconstitutionnalité) qui ont la même force (normative) et qui produisent des résultats identiques mais spéculaires (la publication officielle de la loi portant la disposition et, ensuite, de l'arrêt qui l'annule). Le problème est que le système juridique tel qu'il existe dans la pratique ne correspond pas forcément au modèle théorique. On dirait même qu'il s'en éloigne de manière considérable sous plusieurs points de vue et cet éloignement n'est pas sans conséquences sur l'appréciation de l'impact de l'interprétation conforme sur la sécurité juridique.

Une première question qui se pose est si la disposition législative (ainsi que son annulation) est un gage véritable de sécurité juridique. Les études sur les techniques de rédaction des actes normatifs et sur la pratique relative laissent peu de chances que la réponse puisse être affirmative sans réserves.

Il en va de même, à peu près, pour ce qui est des formes de publication. S'il est vrai que l'inconstitutionnalité est assistée par une forme de publication qui est en tout équivalente à celle de la disposition annulée, il n'est pas moins vrai cependant que la publication officielle est de moins en moins décisive pour assurer la connaissance du droit positif. Par conséquent, tout en n'étant pas assistés de formes de publicité spéciales, les arrêts portant interprétation conforme rendus par les juridictions ordinaires (ceux qui sont rendus par la Cour sont tous publiés sur le Journal officiel) ne se voient pas nécessairement diminués dans leur visibilité, notamment grâce à la diffusion du réseau *Internet* et aux banques de données juridiques mises à jour quasiment en temps réel.

La référence aux banques de données pourrait se prêter à la critique suivante : s'agissant d'un instrument dont disposent les juristes seuls, les banques de données ne seraient pas en réalité un élément pour assurer la sécurité juridique, mais seraient plutôt la preuve de l'atteinte portée au principe. En d'autres termes, si les juristes ont besoin des banques de données, cela implique que les particuliers non-juristes, en n'ayant pas d'accès à celles-ci, ne sont pas en mesure de connaître les dispositions et les *normes* qui régissent leurs rapports juridiques. L'argument est incontestable en soi, mais, d'un point de vue concret, il n'a que guère d'impact sur le sujet qui nous occupe, car il

112 Cf. *supra*, I, A.1.a.

part d'une hypothèse dont le bien-fondé est pour le moins discutable. L'idée selon laquelle les particuliers orientent leurs conduites et leurs rapports juridiques sur la base de la *lecture* et de leur *compréhension* des textes normatifs correspondait très bien aux idéaux des Lumières et pouvait encore être retenue en 1838, c'est-à-dire lorsque Stendhal écrivait *La Chartreuse de Parme*, pour le style de laquelle la lecture du Code civil aurait eu semble-t-il un certain impact¹¹³. Aujourd'hui, toutefois, on a du mal ne serait-ce qu'à imaginer un non-juriste qui arrive à s'orienter dans le droit positif et à saisir la portée des dispositions qui le concernent : le droit – que cela plaise ou pas – est désormais, et sans ambiguïté, l'affaire de spécialistes, et même dans la mise en œuvre de la sécurité juridique on ne peut négliger ce caractère, sous peine de s'attacher à une utopie qui a vécu et de chercher à protéger ce qui ne peut plus l'être car il n'existe plus.

L'évolution du système vers des formes moins rigidement encadrées par la formulation des textes normatifs implique, par conséquent, une mutation des moyens visant à conforter les exigences liées à la sécurité juridique. C'est justement dans ce cadre que la critique dérivant de l'absence de précédents obligatoires devient centrale : le développement de l'interprétation (conforme) au détriment de l'annulation se traduit par l'augmentation des conflits entre la Constitution et les lois qui sont résolus par des jugements n'ayant pas d'effets obligatoires généraux. Le risque que les solutions élaborées ne soient pas uniformes ne saurait être méconnu, et alors les remèdes contre le refus de saisir la Cour pourraient très bien se qualifier de moyens pour protéger la sécurité juridique, à moins qu'on ne constate, à ce propos aussi, qu'il est peut-être temps de réexaminer les acquis de la tradition.

b. L'effet paradoxal des remèdes affaiblissant la protection

Le choix entre modèle diffus et modèle concentré de justice constitutionnelle est fréquemment motivé en faisant référence à la règle du précédent, car une thèse assez souvent avancée veut que le modèle diffus soit impossible s'il ne peut compter sur la règle du précédent obligatoire pour garantir une protection convenable du principe de la sécurité juridique.

Or, les correspondances entre pays de *common law* et modèle diffus, d'une part, et pays de droit romano-germanique et modèle concentré, de l'autre, connaissent bien des exceptions, non seulement pour ce qui est du premier binôme, mais aussi – bien que les cas soient plus limités – pour le second. Même sans compter les systèmes mixtes, tels que le système grec ou portugais, les systèmes argentin, danois, suédois et norvégien sont, à ce propos, des exemples révélateurs.

Ces exceptions pourraient, en soi, ne pas infirmer la règle générale. C'est, néanmoins, la règle même qui paraît susceptible d'une remise en cause, car l'opposition traditionnelle entre systèmes de *common law* et systèmes de droit romano-germanique, au fil des dernières décennies, n'est plus aussi forte qu'elle était aux temps de René David¹¹⁴. En effet, on a pu constater un rapprochement considérable des deux expériences, jusqu'à ce que la séparation rigide entre les deux familles cède parfois

113 C'est Stendhal même qui s'exprime de la sorte, dans une lettre à Honoré de Balzac du 30 octobre 1840 : « En composant *la Chartreuse*, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du code civil, afin d'être toujours naturel ».

114 La référence est, évidemment, à sa classification des systèmes juridiques, fortement influencée par l'opposition entre droit romano-germanique et *common law* : cf. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964.

le pas à la recherche des éléments communs, à l'aune de l'appartenance à une tradition juridique commune, la « tradition occidentale »¹¹⁵. Parmi ces éléments figure sans doute le « droit jurisprudentiel »¹¹⁶, qui, au XXI^e siècle, n'est pas forcément à définir sur la base de l'alternative rigide entre précédents obligatoires et absence de contraintes dérivant de jugements antérieurs. En effet, dans maints pays de l'Europe continentale, et notamment en Italie, la jurisprudence a connu des changements majeurs, pour ne pas dire un véritable bouleversement par rapport au rôle traditionnel des juges conçus comme les « bouche[s] de la loi »¹¹⁷.

Pour l'essentiel, les changements ont fait suite, du côté plus théorique, à une révision de la notion même de « loi » et, du côté plus pratique, à une reconsidération profonde de la portée des jugements en tant qu'actes susceptibles d'avoir une portée générale.

En ce qui concerne le premier plan, la faiblesse des juridictions et en particulier du droit jurisprudentiel dans la période suivant la Révolution française dérivait, en bonne mesure, de l'idée que la loi, expression de la volonté générale, était l'acte par lequel le souverain faisait pénétrer la Raison au sein de l'ordre juridique, créant ainsi les conditions pour que le droit positif coïncide le plus possible avec la Justice. Le principe de légalité était, donc, en même temps, garantie du respect du principe démocratique et de la sagesse/justice de la réglementation adoptée. La place résultant pour l'activité des juridictions était donc très limitée, car elles ne pouvaient pas déborder de l'œuvre de pure répétition et concrétisation des énoncés législatifs.

L'évolution de la société et des institutions a imposé une révision des idées reçues, du fait que, d'une part, les dérives dictatoriales avaient très clairement démenti le caractère nécessairement démocratique et rationnel de la législation (d'où le besoin perçu d'adopter des constitutions rigides qui soient protégées par une instance juridictionnelle contre les dérives pseudo-démocratiques) et, de l'autre, la complexité sociale et la pluralité des exigences à considérer et à contrebalancer ont pu être de moins en moins efficacement encadrées par des actes de portée générale comme les lois. Le besoin de se référer aux cas concrets pour chercher à dégager une solution qui soit la plus juste possible dans l'espèce a conduit à une nouvelle considération du rôle des juges, seuls acteurs institutionnels capables de prendre en compte l'ensemble des éléments caractérisant chaque cas¹¹⁸.

Sur le plan pratique, le principe selon lequel dans les pays de droit romano-germanique le précédent n'a pas d'effets obligatoires, tout en n'étant pas contesté du point de vue théorique, a subi une érosion considérable, au point que les effets des jugements rendus par des juridictions

115 Sur cette notion, voir H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law Review Association, 1983, et plus récemment H.J. BERMAN, « The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future », *Louisiana Law Review*, 2000 (60), p. 739 et suiv.

116 L'importance accrue de la jurisprudence dans le système italien est mise en évidence surtout par A. PIZZORUSSO, « Fonti del diritto » – Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, 2^e éd., Bologne-Rome, Zanichelli-Il Foro italiano, 2011, p. 705 et suiv., qui parle explicitement du « droit jurisprudentiel » comme d'une source du droit, tantôt officielle tantôt informelle.

117 Sur le changement des missions des juges par rapport à la vision traditionnelle de leur rôle, voir M. BESSONE (sous la direction de), *Diritto giurisprudenziale*, Turin, Giappichelli, 1996.

118 L'exigence de rendre une décision qui se fonde sur les particularités du cas spécifique a été à l'origine de la théorie du « droit en douceur », qui appelle le législateur à ne donner pas de règles précises, mais des principes, en laissant ainsi aux juges le soin de les concrétiser et, par cela, de tenter de répondre aux exigences concrètes de Justice : cf. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* (1992), traduit en français par M. Leroy, *Le droit en douceur*, Paris, Economica, 2000.

supérieures sont *normalement* respectés par les juridictions inférieures¹¹⁹. Le fonctionnement concret du système s'est donc remarquablement rapproché de la façon avec laquelle la règle du précédent vertical est mise en œuvre dans les systèmes de *common law*. Ce n'est pas une règle obligatoire qui a conduit à ce résultat, mais une sorte de principe de conservation des actes juridiques, qui fait que le juge a tendance à se conformer aux décisions des juges qui pourraient être saisis du recours contre sa décision : pour limiter au maximum le risque d'annulations ou même pour limiter les cas de recours, le juge se conforme à l'avance, tout en restant libre, le cas échéant, de ne pas se conformer et de chercher par là même à imposer une nouvelle règle jurisprudentielle.

La force « informellement obligatoire » du précédent¹²⁰, qui grandit au fur et à mesure que le nombre de jugements conformes s'accroît et que le rang des juridictions concernées s'élève, s'est d'ailleurs manifestée de manière indiscutable par la reconnaissance de la doctrine du « droit vivant », une doctrine qui, si on devait la traduire à l'usage d'un juriste anglo-saxon, pourrait sans trop de réserves être définie comme une jurisprudence caractérisée par une grande autorité pour les juridictions subordonnées à la Cour suprême de cassation (à l'instar de l'effet vertical du précédent), qui s'est généralement (même si non nécessairement) renforcée par l'uniformité des arrêts rendus par la Cour de cassation elle-même (d'une forme qui pourrait évoquer l'effet horizontal du précédent).

Le rapprochement du droit jurisprudentiel des deux côtés de la Manche et de l'Atlantique n'est pas sans conséquences sur la question de la sécurité juridique. Si dans les pays de *common law* la règle du précédent s'est imposée justement pour garantir la sécurité juridique, eu égard aussi à ce que l'on a pu constater auparavant à propos de l'évaporation de la garantie sécuritaire liée au droit législatif¹²¹, les arguments se renforcent en faveur de la thèse selon laquelle la montée en puissance de la jurisprudence, et notamment de celle issue des juridictions suprêmes, serait un facteur déterminant pour assurer la sécurité juridique même dans les pays de droit romano-germanique.

En adoptant une telle approche, la question initiale, relative à la nécessité ou à l'opportunité de remèdes contre le refus de soulever une question de constitutionnalité, se pose de manière tout à fait nouvelle. Dans cette perspective, les « remèdes » deviennent un moyen pour les juridictions, et en particulier pour les juridictions subordonnées, de se libérer de l'obligation informelle de se conformer à la juridiction supérieure, en faisant appel à la Cour constitutionnelle. La prévision du remède est donc une atteinte à la « sécurité jurisprudentielle » qui devrait être compensée par les bénéfices consistant, d'un côté, dans le renforcement de la sécurité juridique assurée par l'annulation éventuelle et, de l'autre, dans la plus grande efficacité du contrôle de constitutionnalité opéré par la juridiction spéciale. L'emploi du verbe au conditionnel est motivé par ce que nous avons cherché à prouver précédemment, c'est-à-dire que tant le premier que le second des bénéfices évoqués ne sont tels en réalité. Mais alors, l'atteinte

119 Au soutien de ces remarques, cf. D.N. MACCORMICK – R.S. SUMMERS (sous la direction de), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Farnham, U.K., Ashgate Dartmouth, 1997 ; l'ouvrage présente les résultats d'une recherche de droit comparé qui a touché un grand nombre de pays (y compris l'Italie : cf. M. TARUFFO – M. LA TORRE, « Precedent in Italy », *ibidem*, p. 141 et suiv.).

120 Pour l'analyse du débat concernant la possibilité de qualifier, en Italie, le précédent jurisprudentiel de source du droit, voir, récemment, M. NISTICÒ, *op. cit.*, p. 223 et suiv., ainsi que les références bibliographiques qu'il indique.

121 Voir *supra*, II, B.2.a.

à la « sécurité jurisprudentielle » n'aurait pas de contreparties si ce n'est celle de se conformer au choix qui a été fait en faveur d'un contrôle concentré. Un choix qui ne paraît pas indiscutable à jamais.

Conclusion

L'analyse des remèdes contre le refus de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité dévoile une perspective assez intéressante pour une recherche sur l'évolution du contrôle incident des lois dans le système italien.

Les résultats auxquels nous sommes arrivés, en effet, montrent assez clairement – semble-t-il – que la voie d'accès à la juridiction constitutionnelle originellement conçue comme « ordinaire » a perdu une partie significative de son importance. Cela n'est pas la conséquence du seul renforcement des voies d'accès directe (tels que le recours abstrait), très fréquemment évoqué pour décrire la phase actuelle de la justice constitutionnelle. D'autres raisons sont peut-être encore plus importantes (du moins du point de vue propre à la recherche qui s'achève), car elles tiennent à la nature même du contrôle incident et aux rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires.

L'idée que le caractère essentiel du système italien a été la position occupée par le contrôle incident ne saurait être sérieusement contestable. Il n'en va pas de même si l'on tire de cet argument des conclusions pour l'avenir, du moment qu'il ne paraît pas impossible de définir le contrôle incident comme un moyen introduit pour répondre à des exigences qui étaient fortes hier et qui ne sont probablement pas négligeables aujourd'hui, mais qui pourraient ne plus l'être demain. Nous serions même séduits par l'idée que le contrôle incident soit une sorte d'action positive, visant à protéger et renforcer un sujet qui était faible à son origine, tellement faible qu'on craignait qu'il ne puisse être suffisamment protégé par les voies ordinaires. Au fur et à mesure que ce sujet s'est renforcé et se renforce, la nécessité d'un régime de protection particulière est de moins en moins forte.

Si le sujet dont nous parlons est la Constitution, et si son renforcement est dû à son ancrage dans le système, il n'est donc peut-être pas trop aventureux de conclure que l'importance du contrôle incident, qui était l'élément fondamental du système à l'origine, tend à se réduire parallèlement à la croissance de la culture et de la sensibilité constitutionnelle des juges ordinaires, qui peuvent désormais très souvent faire primer la Constitution sans avoir besoin de faire appel à la Cour.

Il y a peut-être de quoi avancer l'idée qu'il existe une sorte de proportionnalité inverse entre l'importance du contrôle incident dans le système de justice constitutionnelle et l'ancrage de la Constitution au sein de l'ordre juridique. Si un tel rapport existait effectivement, nous devrions tout simplement nous réjouir de la « crise » actuelle du contrôle incident.

Il s'agit là sans doute d'une lecture optimiste de l'évolution du système italien, mais cet optimisme ne paraît pas nécessairement panglossien.