

Franck Laffaille

LE JOURNAL D'UN JUGE.

À PROPOS DE L'OUVRAGE DE SABINO CASSESE, *DENTRO LA CORTE*

Recension de S. Cassese, *Dentro la corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015.

Il est des livres jubilatoires ; ils ne sont point légion en la terre de la science juridique. On avoue avoir pris grand plaisir à lire ce journal constitutionnel d'un juge. Il faut espérer que S. Cassese publie un jour un journal académique, fruit de son expérience universitaire.

Retour au droit constitutionnel vu par un juge émérite. Dès la première phrase de la première page, Sabino Cassese souligne le premier intérêt de l'ouvrage par lui écrit : la rareté. Dans *Dentro la Corte*, il raconte son expérience de juge constitutionnel sous la forme d'un journal (« *Diario di un giudice costituzionale* » fait office de sous-titre) tenu durant les neuf années passées Palazzo della Consulta à Rome. Ce type de littérature n'appartient guère en effet à la littérature juridique européenne, contrairement à ce qui advient aux États-Unis : au pays de Marshall, nombre d'anciens *justices* racontent leur expérience. S. Cassese ne se contente pas de rappeler une telle différence entre l'Ancien et le Nouveau Monde ; fin connaisseur des États-Unis, il égrène – tout au long du journal – les remarques sur le fonctionnement de la *Supreme Court*. Cela lui permet – notamment – de réfléchir sur l'éternelle question de la *judicial modesty* et du *self-restraint*. Ce type d'ouvrage n'est guère fréquent en Europe a-t-on dit, *a fortiori* en France ; J. Robert et D. Schnapper n'ont guère fait d'émules. Il y a plus. Le travail de S. Cassese est celui d'un professeur de droit devenu juge constitutionnel, ce qui permet de souligner de nouveau un aspect pathétique de la vie politique/juridique/juridictionnelle française : l'absence des professeurs de droit au sein du Conseil constitutionnel. En France, la narration constitutionnelle ne vise pas la justice constitutionnelle, car sont écartés de la rue Montpensier précisément ceux dont le métier consiste – pour moitié – à écrire. L'apport doctrinal et historique du travail de S. Cassese met ainsi en lumière l'absence de production scientifique en France. Il est vrai que l'Italie aime les professeurs-juges. S. Cassese – écrivant entre novembre 2012 et août 2013 – a opéré le calcul suivant : sur les 103 juges que la Cour a connus, on compte 48 professeurs, 42 juges, 13 avocats¹. Le constituant de 1947 – composé notamment de grands professeurs de droit – aimait les universitaires... tant il se défiait des juges, de ces juges fascistes ayant revêtu au lendemain de la guerre – avec la

¹ p. 219.

promptitude des derniers convertis – l’habit de la République parlementaire, pluraliste et démocratique.

Dans ce journal, certains thèmes reviennent avec récurrence : l’élection du président de la *Consulta* pour quelques mois seulement, le rapport aux droits supranationaux, le conflit État-Régions... Loin de représenter un embarras de lecture, cela permet de mettre en exergue les points saillants que le juge estime fondamentaux. Une fois le journal de bord achevé, cinq articles sont ajoutés en fin d’ouvrage : sur le fonctionnement de la Cour, sur les opinions séparées/dissidentes, sur l’état de la justice constitutionnelle (2), sur l’Italie et l’Europe. L’ouvrage – écrit dans un style aussi élégant que simple – est passionnant, car le lecteur est amené de l’autre côté de la barrière, *dentro la Corte*. Et puis il y a le ton : ironique, spirituel, mordant, moqueur, désabusé, cruel, pédagogue... L’auteur sait mêler analyse juridique subtile et critique des faiblesses humaines. Il rappelle – en un salutaire truisme souvent oublié – que les décisions des juges ne sont – parfois, souvent ? – non pas tant des constructions intellectuelles savantes que des hésitations subjectives quant au sens à donner à une norme, en fonction du contexte politique et social.

Posons les yeux *sur* la Cour telle qu’elle se meut au sein du système politico-constitutionnel italien (I) puis les yeux *dans* la Cour telle qu’elle apparaît en son fonctionnement interne (II).

I. Les yeux sur la Cour : le juge au sein du système politico-constitutionnel

La Cour et ses « portiers »

En une formule célèbre – rappelée par S. Cassese – Calamandrei avait qualifié les juges ordinaires de « portiers » du procès constitutionnel. En l’absence d’auto-saisine de la Cour constitutionnelle, s’ils ouvrent la porte en exprimant un doute de constitutionnalité, la *Consulta* occupe une place centrale au sein du système politico-constitutionnel. Dans le cas contraire, la fermeture de la porte d’interprétation (expression qui fait songer, *mutatis mutandis*, à la fermeture de l’*ijtihad* au V^e siècle de l’Hégire) empêche la Cour de s’approprier le contentieux des droits et de devenir la « Cour des droits ». Fondamentale apparaît donc la relation dialectique entre les juges ordinaires et la Cour. La stratégie de cette dernière a évolué au fil des décennies. Désormais, la Cour exige du portier qu’il opère de prime abord une interprétation de la norme conforme à la Constitution ; si un doute subsiste dans la tête du juge ordinaire, il peut alors et ensuite se tourner vers la *Consulta*. La stratégie est claire : éviter que la Cour ne soit noyée sous une masse de questions de constitutionnalité. Cette injonction jurisprudentielle est aussi un acte de confiance envers les juges ordinaires, regardés aptes à analyser si la norme litigieuse est conforme à la Constitution... donc aptes à opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi. Car cette lecture des relations « Cour/portiers » entraîne – implicitement – une évolution même du contrôle de constitutionnalité italien.

Théoriquement kelsénien si l'on entend par cela contrôle centralisé, le contrôle devient de fait marshallien si l'on entend par cela système décentralisé. S. Cassese – en une formule percutante – écrit : « la question de constitutionnalité est soumise à la règle de centralisation seulement si cela peut impliquer une déclaration d'inconstitutionnalité² ». Le système italien est devenu un contrôle de constitutionnalité des lois centralisé par défaut. Il existe « deux juges constitutionnels », réserve faite que seule la Cour constitutionnelle est juge de censure³ : si le portier peut déclarer la norme législative conforme à la Constitution, il ne peut pas la déclarer non conforme à la Constitution et la censurer. Le juge ordinaire ne peut être qu'un législateur positif. Le risque est d'évidence : on demande au portier d'être un gardien tolérant, devant chercher au maximum à concilier la loi déferée avec la Constitution. La recherche de conformité – une sorte d'optimisme juridictionnel constitutionnel – peut conduire à voir de la « normalité » là où il n'y en a point, bref à moindrement défendre les droits des justiciables. Ces derniers peuvent pâtir de la volonté des juges de mettre en exergue la cohérence du système normatif. Pour la Cour, la stratégie de décentralisation – *via* l'exigence d'interprétation conforme assignée aux portiers – permet d'éviter « la collision avec d'autres pouvoirs⁴ ». La diminution du nombre de saisines implique une moindre exposition politique : moins de conflits normatifs à trancher, moins de conflits État/régions à trancher, moins de conflits entre organes constitutionnels à trancher.

Droit et politique, pouvoir législatif et puissance de juger

La constitution est un texte politique, la loi est un texte politique, le contrôle de constitutionnalité des lois est un instrument juridico-politique vecteur de l'État de droit. S. Cassese ne peut faire à moins que de constater que de nombreuses questions sont « hautement politiques⁵ »... pour ensuite ajouter que les juges tendent à se jeter à corps perdu sur le terrain technique. La technique devient alors ce refuge herméneutique qui permet de contourner la question politique en l'enserrant dans les rets d'une pure – et vaine ?! – juridicité. Il est vrai que les juges doivent affronter le pouvoir discrétionnaire du législateur en vertu de la loi n° 87 de 1953 (la « *discrezionalità del legislatore* »). Et nombre de juges invoquent souvent cette *discrezionalità* pour ne pas censurer le Parlement en son pouvoir d'édition des lois. Pourtant, il est impossible de prendre cette expression au sérieux ; cela conduirait la Cour à adopter une position à ce point de *self-restraint* qu'elle viendrait mettre en péril sa fonction même. Palazzo della Consulta, on assiste – parfois, souvent – à la sacralisation quelque peu

² p. 53.

³ p. 130.

⁴ p. 82.

⁵ p. 20.

anachronique du législateur ; anachronique car on pensait enraciné le temps du néo-constitutionnalisme de l'État de droit centré sur les droits fondamentaux. La technique de la « réserve législative » – en particulier dans le domaine pénal – est utilisée par les défenseurs (au sein de la Cour) de la *judicial modesty*. L'invocation absolutiste de la réserve législative conduit à rogner les compétences de la Cour au point de la dissoudre dans la vacuité juridique. La menace n'est pas de peu : S. Cassese voit dans la réserve législative un argument « *contra la Corte*⁶ » de nature à remettre en cause son rôle d'organe de garantie(s). L'auteur ne varie jamais en ses croyances : éloge du gouvernement mixte, refus du « primitivisme constitutionnel⁷ ». Les cours constitutionnelles sont des législateurs, négatifs et positifs : « un juge constitutionnel a [...] une fonction législative⁸ ». La « *discrezionalità del legislatore* » est une formule soit inutile, soit dangereuse ; S. Cassese conseille de l'oublier, de considérer qu'elle n'a jamais été écrite⁹. Et ajoute : « L'explication se trouve dans le caractère rudimentaire de la culture constitutionnelle¹⁰ ». Loin d'être seulement acide, la formule renvoie – comme toujours chez l'auteur – à une réflexion de fond. Encore aujourd'hui – et cela nonobstant l'immense littérature produite – le néo-constitutionnalisme d'obédience pluraliste n'a pas pénétré toutes les âmes. Or, la démocratie constitutionnelle actuelle est un État de droit pluraliste qui n'est plus seulement appuyé sur un unique pilier, l'onction populaire. À côté du suffrage populaire – le *kratos* du *demos*, même si ce dernier n'a jamais gouverné et ne gouvernera jamais – s'est imposé un autre élément : évoquant les mânes d'Aristote, S. Cassese souligne l'importance de l'élément aristocratique, si l'on entend par cela contrôle de la majorité politique issue de la volonté populaire au nom des droits inhérents à l'État de droit.

La Cour se retrouve bien souvent en position délicate, entre 3^e chambre politique et 4^e degré de juridiction. Elle doit se prononcer sur des questions hautement politiques, au sens noble du terme (les valeurs de la *polis*). Les débats sont parfois tendus. Comment se prononcer sur la procréation médicale assistée dans un pays où « est mobilisée l'Église catholique¹¹ »... sur la prescription lorsque le président du Conseil en exercice est visé par l'action pénale... sur l'empêchement fonctionnel des plus hautes autorités de l'État lorsque le même président du Conseil est encore visé... sur les droits des immigrés avec un parti xénophobe (la Lega) au pouvoir... sur

⁶ p. 96.

⁷ p. 92.

⁸ p. 48.

⁹ p. 54.

¹⁰ p. 65.

¹¹ p. 57. Eu égard à la place jouée par le Vatican dans la vie politique italienne – voir les interventions de la CEI, de *L'Osservatore romano*, de *Avvenire* –, S. Cassese pose cette question : la Cour est-elle assiégée (par les organes d'un État confessionnel violant la souveraineté de l'État italien ajoute-t-on) ou est-elle simplement confrontée à « la liberté de pensée du monde catholique » ? Voir p. 187.

l'autonomie financière des Régions en période de crise économique... ? S. Cassese l'avoue : par instant, la Cour lui donne le sentiment d'être un fort assiégé par des Indiens¹². Un danger particulier pèse – depuis plusieurs décennies – sur elle : les « décisions qui coûtent¹³ », ces *sentenze di spese* qui impliquent, de la part du législateur, une lourde intervention financière. Le cas évoqué par S. Cassese est celui de l'Irap (*imposta regionale sulle attività produttive*) : si la Cour décidait que l'Irap est déductible des revenus imposables, la facture pour le budget de l'État serait de l'ordre de 10 milliards d'euros par an¹⁴. Depuis les années 1980 – et la présumée crise de l'État-providence – la Cour a ralenti le pas en matière de *sentenze di spese*, confrontée à un État qui ne peut – financièrement – accueillir toutes les demandes sociales. Il est vrai que la délimitation des frontières de l'État social solidariste est incertaine, et l'ordo-libéralisme à prétention économique-scientiste prégnant. Quant à la jurisprudence de la Cour, elle redevient parfois audacieuse : en 2015 (décision n° 70), la réforme des retraites initiée par feu le Gouvernement Monti est censurée, avec un coût financier de plusieurs milliards pour l'État italien.

Droit à l'égalité, égalité des droits

Nombre de contentieux sont centrés sur le principe d'égalité, les parties invoquant ledit principe en sa violation formelle ou substantielle. Pour S. Cassese, le principe d'égalité tend à être instrumentalisé, fait l'objet de multiples déclinaisons aux fins d'obtenir de nouveaux avantages sectoriels. Chacun regarde « l'herbe [du] voisin, qui est plus verte¹⁵ ». Le phénomène n'est en rien propre à l'Italie bien évidemment, le principe d'égalité étant devenu le vecteur principal de la réalisation de l'État social. Reste que le texte constitutionnel italien offre bien des possibilités à un juge audacieux. Il n'est pas étonnant que nombre de requérants invoquent les articles 2 et 3 C. en une lecture combinée de ces dispositions. Que l'on juge :

Article 2 C : La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où se développe sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs imprescriptibles de solidarité politique, économique et sociale.

Article 3 C : Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'écartier les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique,

¹² p. 57.

¹³ p. 103.

¹⁴ p. 103.

¹⁵ p. 132.

économique et sociale du Pays¹⁶.

Lorsque le juge constitutionnel se montre audacieux, il utilise l'article 2 C comme « *norma aperta* », norme ouverte à ce point générique qu'elle emporte lecture ductile de la Constitution et accroissement des garanties constitutionnelles. L'article 3-2 C. mérite aussi une attention accrue : « Il appartient à la République d'écarter les obstacles d'ordre économique et social qui... ». Est consacré ici le principe d'égalité substantielle, pour ne pas dire le principe de justice réparatrice/compensatrice centrée sur les logiques de parité/équité. La Cour constitutionnelle utilise peu cet article 3-2 C à la potentialité révolutionnaire : si elle imposait aux pouvoirs publics « d'écarter les obstacles d'ordre économique et social qui... », elle en viendrait à assumer une politique sociale synonyme de conflit ouvert avec les législateurs, ordinaire et constituant. Jusqu'où une Cour peut-elle aller en imposant des prestations positives (et donc financières) à l'État social ? S. Cassese se montre hostile à l'utilisation abusive du principe d'égalité afin d'éviter le « tourisme assistanciel » : « Ne devrait-on pas effectuer un balancement entre la reconnaissance d'un droit et le coût qu'il génère ?¹⁷ » écrit-il.

La question de l'équilibre entre droits constitutionnels d'identique valeur est évoquée, en quelques mots¹⁸ ; on pourrait dire qu'il s'agit du syndrome du droit-tyran. De manière classique, le juge opère un *bilanciamento dei valori*, un *balancing test* entre les intérêts en présence. Tâche ardue pour un juge constitutionnel qui doit promouvoir l'État de droit substantiel (et donc une maximale expansion des garanties constitutionnelles) tout en maintenant un équilibre constitutionnel global. Autant citer intégralement l'auteur eu égard à sa clarté et son esprit de synthèse :

... tous les droits fondamentaux protégés par la Constitution se trouvent dans un rapport d'intégration réciproque et il n'est pas possible d'identifier l'un d'entre eux qui ait la primauté absolue sur les autres. La protection doit toujours être « systémique et non fractionnée en une série de normes non cordonnées et en potentiel conflit entre elles ». S'il n'en était pas ainsi, adviendrait une illimitée expansion d'un de ces droits qui deviendrait « tyran » par rapport aux autres situations juridiques constitutionnellement reconnues et protégées¹⁹.

¹⁶ Traduction Madame M. Baudrez, Professeur à l'Université de Toulon.

¹⁷ p. 138.

¹⁸ p. 254.

¹⁹ p. 254.

Droit à l'égalité, égalité des droits (2). « Pourquoi le pape n'est-il pas resté en Avignon ?²⁰ »

Durant les années passées à la *Consulta*, nombre de décisions ont été rendues sur le fondement des articles 2 et 3 C évoqués en amont. L'une d'entre elle mérite arrêt : elle est au cœur d'un des principaux conflits sociétaux de cette dernière décennie, car l'Italie connaît au cœur de Rome une enclave souveraine (le Saint-Siège). Il s'agit du mariage entre personnes de même sexe. S. Cassese évoque ce dossier avec humour : « Pourquoi le pape n'est-il pas resté en Avignon ?²¹ ». Il est demandé à la Cour de censurer les dispositions du Code civil limitant le mariage aux personnes de sexe opposé. Il s'agit en réalité d'une partie à trois, puisqu'il convient d'accoupler aux articles 2 et 3 C. l'article 29 C (« La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites établies par la loi pour assurer l'unité de la famille »). La Cour rend un jugement de Salomon : le mariage est limité aux personnes de sexe opposé, mais les personnes de même sexe – qui peuvent constituer des « formations sociales où se développe [leur] personnalité » au sens de l'article 2 C. – doivent pouvoir construire des unions reconnues par le droit. Il appartient au législateur de se prononcer dit la Cour. Décision peu logique et médiocrement argumentée. La Constitution est muette de prime abord, elle ne dit pas que mariage et famille renvoient à des personnes de sexe opposé. Certes, telle était évidemment la volonté implicite des constituants catholico-communistes ; mais sauf à conférer valeur constitutionnelle aux travaux préparatoires (qui ne disent rien en l'espèce étant donné que le mariage entre personne de même sexe n'a aucun sens pour les hommes/femmes de décembre 1947), l'argument ne peut être retenu. Le texte constitutionnel ne prohibant pas expressément le mariage entre personnes de même sexe, la combinaison des articles 2 et 3 C pouvait conduire à une (re)lecture de l'article 29 C. Impossible en Italie, pays dans lequel le principe de laïcité – principe suprême de l'ordonnement constitutionnel grâce à la Cour – est empli de confessionnalité. La Cour invite le Parlement à adopter un régime d'union différent du mariage. *Separate but equal* ?

Les conflits État/Régions

La réforme de la Constitution en 2001 a donné naissance à un État régional. En raison des nombreux conflits entre l'État et les Régions, la Cour est noyée sous une masse de requêtes. Certaines sont basement politiques : les Régions de centre-gauche contestent la régularité de la loi de finances des gouvernements de centre-droit, les Régions de centre-droit contestent la régularité de la loi de finances des gouvernements de centre-

²⁰ p. 139.

²¹ p. 139.

gauche. La Cour – au temps de S. Cassese juge constitutionnel – est confrontée à une situation paradoxale, tristement ironique : un gouvernement de centre-droit comprenant en son sein un parti régional irrédentiste (et xénophobe, la Lega) adopte nombre de lois centralisatrices, lois déferées à la *Consulta* par les régions et « sauvées par une Cour dont on se plaint qu'elle est « centraliste²² ». D'autres requêtes sont de nature « bureaucratique-légales²³ » : les administrations sont obsédées par la crainte de voir se restreindre leurs attributions. Quant à l'État toujours jacobin, il est réticent à accepter une autonomie par trop étendue des régions, au nom de la défense de ses propres attributions, de l'unité nationale, de l'indivisibilité de la République, de la coordination des finances publiques, de l'égale garantie des droits sur l'ensemble du territoire.

Certaines régions se caractérisent par une propension élevée à ne pas respecter les principes constitutionnels. Il s'agit là d'un danger classique du régionalisme : les régions adoptent des normes s'éloignant – au nom de l'autonomie – des standards nationaux. Un des problèmes récurrents soulevés par S. Cassese est celui des régions introduisant une forme de « *spoils system*²⁴ ». Qu'il s'agisse d'intégration – au sein de l'administration régionale – de personnes à statut précaire, qu'il s'agisse d'avancements de carrières des fonctionnaires... la Constitution est bien souvent contournée. Sont violés principalement les articles 97 et 81 C. : en vertu de l'article 97-3 C, « L'accès aux emplois des administrations publiques est ouvert par concours, sauf exceptions établies par la loi ». Le principe du concours est une nécessité, dès lors que l'on entend respecter le principe d'égalité et instituer un mécanisme de sélection centré *a priori* sur des compétences avérées. Or, nombre d'administrations régionales s'en affranchissent, pour laisser la place au clientélisme et au clanisme. Quant à l'article 81 C, il dispose que « Toute autre loi²⁵ portant création ou aggravation des charges doit préciser les moyens d'y pourvoir ». Or, ce principe dit de « couverture financière » est allègrement violé par certaines régions : il y a recrutements sans que les ressources nécessaires existent.

Autre mauvaise habitude juridique de certaines régions (S. Cassese cite à plusieurs reprises la Région des Pouilles²⁶) : la propension à adopter et abroger des lois régionales en fonction des saisines de l'État et des décisions de la Cour. À la suite d'un accord État/Région relatif aux dépenses de santé, la Région adopte une loi violant le pacte ; à la suite de la saisine de la Cour par le Gouvernement, la Région abroge la loi ; le Gouvernement renonce donc à sa requête ; mais la Région adopte une nouvelle loi identique à la précédente. Bref, un jeu de dupes donnant des arguments aux centralistes dénonçant – non sans raison – le faible degré de responsabilité de certaines élites (*sic*) régionales. Autre exemple d'attitude régionale non acceptable :

²² p. 137.

²³ p. 136.

²⁴ p. 157.

²⁵ Que la loi d'approbation du budget.

²⁶ p. 166.

sitôt une loi régionale censurée par la Cour, une région adopte une nouvelle norme législative dont le contenu est identique²⁷ ... Il existe encore l'hypothèse où des régions modifient une loi régionale à peine effectuée la saisine de la Cour par le gouvernement²⁸ ; la Cour se prononce alors sur une loi qui, en partie, ne correspond plus au droit en vigueur.

L'explosion du contentieux territorial s'explique aussi par la teneur même de la loi constitutionnelle de 2001 ayant donné naissance à l'État régional : la Constitution énumère des matières, et elle les énumère de manière non satisfaisante²⁹. À plusieurs reprises S. Cassese réalise d'acides critiques envers le texte de 2001, fruit d'un amateurisme juridique découlant de visées politiques peu réfléchies. À un point tel que la Cour a – dit-il – été obligée de « construire des barrières en défense des compétences étatiques³⁰ ». La mission de la Cour est – on l'imagine – compliquée, au point que le juge se laisse aller au pessimisme : « À la fin, est-il utile d'avoir un arbitre ? Est-il utile que celui-ci cherche à fixer des critères³¹ ? ». Après quinze années d'application de la loi constitutionnelle de 2001, force est de constater que la forme de l'État est façonnée par la Cour constitutionnelle. L'État italien est un État régional sous tutelle juridictionnelle.

L'article 77 C : le gouvernement-législateur au temps de l'urgence, de l'extraordinaire et de la nécessité

Cet article est emblématique d'un mal normatif qui ronge l'Italie depuis des décennies : la possibilité pour le gouvernement d'adopter des « mesures provisoires ayant force de loi » « dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence ». L'article 77 C est devenu un instrument de gouvernement quotidien, au point de dénaturer la forme de gouvernement parlementaire, au détriment du pouvoir législatif. Les gouvernements successifs usent et abusent du recours à l'article 77 C, alors même qu'il n'existe point de « cas extraordinaires de nécessité et d'urgence » (avec le soutien coupable du Parlement puisqu'une loi de conversion doit être adoptée dans les 60 jours, à peine de caducité). Il a fallu attendre longtemps (décisions n° 348 et 349 de 2007) pour que la Cour assume son rôle et ose contrôler si l'article 77 C a été utilisé à bon escient constitutionnel. S. Cassese laisse imaginer que les discussions furent âpres, certains juges privilégiant une lecture politique de la question, à savoir laisser seul juge le couple représentatif gouvernement-parlement. S. Cassese se félicite de la décision qui met fin à une lecture abnorme de la Constitution : « La majorité se rallie en faveur du pouvoir normatif du Parlement[.] Une zone supplémentaire d'immunité est

²⁷ p. 167.

²⁸ p. 137.

²⁹ p. 68-69.

³⁰ p. 161.

³¹ p. 137.

supprimée, conférant une voix à la Cour³² ». Certes. Mais le bilan – au fil des années ultérieures – est maigre et le demeurera. Nombre de « mesures provisoires ayant force de loi » sont adoptées par le gouvernement sans que surviennent « des cas extraordinaires de nécessité et d’urgence ». Et la Cour reste muette, ne censure pas. Elle ne le peut guère à dire vrai, tant un véritable encadrement de l’utilisation de l’article 77 C la ferait dangereusement descendre dans l’arène politique. Il s’agit pourtant là d’une réelle menace tant une lecture ductile de l’article 77 C s’avère peu compatible avec la logique même de l’État de droit. Reste que la mission est ardue, comme le souligne l’auteur : juger de l’extraordinarité, de l’urgence et de la nécessité n’est pas de peu³³... Autre enjeu, peu développé par S. Cassese : les « mesures provisoires » – qui doivent être présentées le jour même aux Chambres pour leur conversion en loi – perdent toute efficacité *ab initio* à défaut de conversion en loi dans les soixante jours qui suivent leur publication. La Cour n’ose guère contrôler la qualité des lois de conversion, alors même que celles-ci contiennent des dispositions peu en relation avec le texte initial. G. Napolitano – faisant montre d’un interventionnisme étonnant – était jadis particulièrement vigilant, dénonçant un chaos normatif et des pratiques incompatibles avec la dignité parlementaire.

Les conflits d’attribution entre organes constitutionnels de l’État

Parlement versus magistrature

Parlement et juges ordinaires se tournent vers la Cour constitutionnelle pour trancher les conflits d’attribution entre organes constitutionnels de l’État. Les années passées – avec S. Berlusconi président du Conseil à trois reprises – ont été synonymes de rapports tendus entre « Gouvernement/Parlement/Magistrature ». Car le chef du gouvernement a régulièrement critiqué et insulté certains magistrats. Attaqué en justice, le chef du gouvernement – qui est aussi logiquement parlementaire – invoque la protection de l’article 68 C : « Les membres du Parlement ne peuvent être poursuivis pour les opinions exprimées et les votes émis dans l’exercice de leurs fonctions ». L’affaire Caselli *versus* Berlusconi est emblématique. Caselli³⁴ – estimant que Berlusconi a tenu à son égard des propos diffamatoires en 1999 – a saisi la justice. La Chambre des députés – Berlusconi était alors député – a estimé, à l’unanimité, que les propos par lui tenus étaient couverts par l’article 68 C. S. Cassese reconnaît clairement que

³² p. 72.

³³ p. 87.

³⁴ Le juge Caselli a été dans les années 1970 un acteur-clé de la lutte contre le terrorisme (rouge et noir) en Italie. Des années plus tard, lorsque le juge Falcone a été assassiné (avec son épouse et ses gardes du corps) par la mafia, il a demandé sa mutation à Palerme pour continuer l’œuvre de Falcone (et celle d’un autre juge célèbre, lui aussi assassiné par la mafia, Borsellino).

la Cour est divisée sur une question aussi politique. Devant une telle configuration, la voie de la non-admissibilité semble la sortie la plus commode. La non-admissibilité protège la Cour qui ne veut pas assumer sa fonction d'arbitre : « Cela démontre la valeur politique des décisions de non-admissibilité auxquelles on recourt quand on ne veut pas décider³⁵ ».

Présidence du Conseil versus magistrature

Le président du Conseil des ministres peut-il – sans justification – ne pas se présenter devant la justice en invoquant un empêchement légitime inhérent à la fonction exécutive qu'il exerce ? S. Berlusconi pouvait-il convoquer un conseil des ministres le jour même où il devait s'expliquer devant le Tribunal de Milan (procès Mediaset, fraude fiscale) ?³⁶ Le chef du gouvernement saisit la Cour constitutionnelle, estimant inconstitutionnel le refus du juge milanais d'accepter la fixation d'un conseil des ministres le jour même de sa convocation au Palais. S. Berlusconi « subit » ici un empêchement *volontaire*, puisqu'il est l'organe compétent pour convoquer les ministres en conseil. Pour le juge ordinaire, le chef du gouvernement devait apporter quelque(s) justification(s) à la convocation – précisément ce jour – du Conseil des ministres ; il devait de surcroît proposer une autre date, montrant ainsi sa (bonne) volonté de collaborer avec le pouvoir judiciaire. S. Berlusconi invoque la dimension éminemment politique de la décision consistant à convoquer le Conseil des ministres : il s'agit selon lui d'un cas d'urgence qui ne peut relever que du choix discrétionnaire du chef du gouvernement. En l'espèce, celui-ci invoque l'impérative nécessité de réunir le Conseil pour débattre d'un projet de loi anti-corruption devant être présenté peu de temps après devant le Parlement. Que S. Berlusconi n'ait guère fait montre de respect envers la justice – et qu'il n'ait guère cherché à collaborer avec le pouvoir judiciaire – est évident. Reste qu'il n'appartient pas – selon nous – au juge de juger de l'opportunité de convoquer – ou non – le Conseil des ministres. Il s'agit là d'un acte de haute politique dont l'appréciation relève de la seule compétence du premier des ministres. Cela découle de la lecture de l'article 95 C : « Le Président du Conseil des ministres dirige la politique générale du Gouvernement et en est responsable. Il maintient l'unité d'orientation politique et administrative en suscitant et en coordonnant l'activité des ministres ». Certes, S. Berlusconi a instrumentalisé la fonction de président du Conseil pour échapper à la justice ; pour autant, seuls des refus réitérés synonymes de paralysie institutionnelle du pouvoir judiciaire devaient conduire à lui reprocher de convoquer – tel ou tel jour – un Conseil des ministres. À défaut, le juge en vient à expliquer au chef du gouvernement qu'il pouvait réunir les ministres à une autre date ; cela ne relève pas de sa compétence. S. Cassese n'est pas de cette opinion. Si la tenue d'un Conseil des ministres est bien un empêchement fonctionnel, « il n'est pas absolu³⁷ ». Selon lui, le président du

³⁵ p. 72.

³⁶ p. 215.

³⁷ p. 220.

Conseil avait l'obligation d'indiquer d'autres dates pour être entendu par la justice, il devait préciser pourquoi le Conseil ne pouvait pas être présidé par le vice-président du Conseil. Pour autant, S. Cassese rappelle que la Cour a fixé les « règles de l'étiquette³⁸ » : le juge ne saurait prétendre poser son regard sur l'ordre du jour du Conseil des ministres. Certes. Mais on demeure au milieu du gué car la question n'est pas tout à fait celle-ci, elle est autre : le Conseil doit-il être convoqué tel jour au regard de différents éléments, qui vont de la nature du projet de loi à l'urgence de la question en passant par les nécessités du calendrier parlementaire ? De la politique pure...

Quid des partis politiques ?

La Cour a évité certains écueils, à l'instar de celui soulevé par certains partis politiques non représentés au Parlement. Ils contestent l'obligation à laquelle ils sont astreints : recueillir un certain nombre de signatures pour la présentation des listes électorales (ce qui n'est pas le cas des partis représentés au Parlement). Pour S. Cassese, leur demande ne saurait être accueillie. Cela reviendrait à qualifier les partis politiques de pouvoirs d'État susceptibles de soulever un conflit *entre* pouvoirs d'État. Deux idées clés selon l'auteur : les partis politiques ne sont pas des pouvoirs d'État mais des institutions de la société civile, ils ne peuvent donc soulever un conflit visant le Parlement³⁹. Logique mais problématique : peut-on continuer de prétendre que les partis politiques sont de simples associations de droit privé alors qu'ils sont *les* vecteurs incontournables de démocratie représentative (consacrés par l'article 49 C) ?

Président de la République versus magistrature

Un conflit très médiatisé a été tranché par la Cour, celui des interceptions indirectes des conversations téléphoniques du chef de l'État. Deux rapporteurs sont désignés, l'un constitutionnaliste, l'autre pénaliste. Il s'agit de deux rapporteurs élus par le Parlement ; aucun rapporteur n'émane de la magistrature, aucun rapporteur n'a été désigné par le chef de l'État⁴⁰. Il s'agit là de choix aussi nécessaires que remarquables : les juges rapporteurs n'auront pas à se prononcer sur les droits des entités – présidence de la République, magistrature – à l'origine de leur nomination. Quant à la décision, elle pose – sans surprise – l'interdiction d'interception des conversations téléphoniques du chef de l'État ; lesdites conversations doivent être détruites. La décision – apprend-on de la plume de l'auteur⁴¹ – est prise à l'unanimité. Selon la Cour, s'il en était autrement, le chef de l'État ne pourrait pas assumer sa fonction de magistrature d'influence et de « raccord entre les pouvoirs ». Avec cette expression, il est souligné que le

³⁸ p. 220.

³⁹ p. 35-36.

⁴⁰ p. 189.

⁴¹ p. 202.

chef de l'État – arbitre *super partes* – est au cœur de l'échiquier politique tout en étant en dehors (*al di fuori*) de celui-ci. Il est qualifié de 4^e pouvoir supervisant les relations dialectiques entre les trois pouvoirs traditionnels. On avoue ne guère être en harmonie avec cette thèse qui fait du chef de l'État un *deus ex machina* ontologiquement neutre ; cette lecture mythologique de la fonction de président de la République ne vaut ni au regard de la théorie constitutionnelle, ni au regard de la pratique politique (voir conclusion). Qu'il faille un régime juridique spécifique protégeant le chef de l'État n'est guère contestable ; de là à lui octroyer un régime juridique abnorme...

Cour des droits/Cour des conflits

Avec la théorie de l'interprétation conforme (saisine de la Cour par les juges ordinaires seulement s'ils n'ont pas trouvé un angle d'analyse conduisant à une déclaration de conformité de la norme litigieuse), avec le développement exponentiel du conflit État/Régions, avec les conflits entre organes constitutionnels (magistrature *v.* parlement, magistrature *v.* exécutif...), la Cour constitutionnelle devient de plus en plus un juge des conflits, au détriment de son autre rôle : juge des droits, gardienne des droits inhérents au pacte constitutionnel. Cette évolution peut-elle être regardée comme une forme de déclin ? La question est posée par S. Cassese lui-même. Il constate que les recours « *in via incidentale* » (par la voie contentieuse) ont diminué de deux-tiers durant les dernières années tandis que les recours « *in via principale* » (État *versus* Régions) ont doublé. De Cour des droits, le juge n'est-il pas en train de devenir « Cour des questions régionales⁴² » ? La complexité des problèmes soulevés par ces questions régionales invite à se pencher sur la spécialisation des juges constitutionnels ; ne faut-il pas davantage de juges possédant de notables compétences en *diritto regionale* ? L'équilibre entre les recours « *in via incidentale* » et les « *recours via principale* » semble à ce point malmené que S. Cassese relie ce thème à celui de la présidence de la Cour : seul un président élu pour plusieurs années peut affronter un problème qui dépend en bonne partie de la Cour elle-même⁴³. Enfin, S. Cassese pointe le danger d'une Cour « impliquée [...] profondément dans le fonctionnement politique⁴⁴ », tout en ayant conscience du caractère inéluctable de la chose. Car la Cour est un organe politique (au sens le plus noble du terme, organe concourant à la détermination des valeurs de la *polis*) ; car la frontière entre champ du politique et champ des droits est impossible à tracer.

⁴² p. 207.

⁴³ p. 207.

⁴⁴ p. 112.

Loi électorale. À propos du porcellum (loi n° 270 de 2005)

À la fin de son ouvrage, S. Cassese évoque la décision de la Cour (n° 1 de 2014) relative à la loi électorale n° 270 de 2005 en vigueur pour les élections législatives. Eu égard à l'importance de la loi électorale dans un système politique (*cf.* Burdeau jadis), il est nécessaire de s'attarder sur ce point, *a fortiori* lorsque l'on se souvient que feu la I^{ère} République (formule aussi impropre qu'utile) a chuté à la suite des référendums dits électoraux au début des années 1990. La loi de 2005 – décriée au point que son principal auteur, l'ex-ministre léguiste R. Calderoli, la qualifia de *porcellum* – est partiellement censurée. Est visée par la censure tout d'abord la prime majoritaire permettant à la liste (ou la coalition de listes) ayant obtenu le plus de voix d'obtenir 340 sièges sur 630, c'est-à-dire la majorité absolue. Pour la Cour, le fait d'obtenir seulement une majorité relative de voix mais une majorité absolue de sièges dénature « la *ratio* de la formule électorale » qui est d'assurer la représentativité de la Chambre des députés. L'« absence d'un seuil minimal raisonnable de voix » (pour avoir la majorité des sièges) entraîne « une altération du circuit démocratique défini par la Constitution, fondé sur le principe fondamental d'égalité du suffrage⁴⁵ ». Autre censure : le système des listes dites bloquées. Un tel système est inacceptable car l'électeur ne peut pas exprimer une préférence entre les candidats et doit se contenter de voter en bloc pour une liste. Privé de sa faculté de désigner directement ses propres représentants, le citoyen-souverain ne peut donc exercer correctement sa souveraineté. La désignation des candidats étant « totalement laissée aux partis », s'en trouve vicié le « rapport de représentation entre électeurs et élus ». S. Cassese est très critique quant à la décision de la Cour qui « n'a pas eu de courage et s'est arrêtée à mi-chemin⁴⁶ ». La Cour renonce à utiliser la technique de l'« *illegittimità consequenziale* » qui lui aurait permis de censurer intégralement la loi électorale. Il est vrai que le juge accorde – en vertu d'une jurisprudence aussi prétorienne que constante – un statut normatif particulier aux lois électorales, qualifiées de « constitutionnellement nécessaires ». Mais – comme le souligne S. Cassese⁴⁷ – le juge n'est pas exempt de contradiction car l'amputation réalisée conduit au maintien d'une portion de loi non utilisable en l'état. Le législateur doit intervenir pour adopter une loi électorale en conformité avec les prescriptions de la Cour. S. Cassese semble favorable à une autre thèse : la thèse de la *reviviscenza*, de la renaissance-réapparition de la loi antérieure à la loi censurée. Pour beaucoup, la censure de la loi électorale de 2005 devait conduire au retour de la loi électorale de 1993 (le *mattarellum*, 75% majoritaire, 25% proportionnelle). Nenni selon la Cour.

⁴⁵ La Cour adopte – *mutatis mutandis* – un identique raisonnement s'agissant des dispositions électorales applicables au Sénat.

⁴⁶ p. 233.

⁴⁷ p. 233.

Droit supranational et dialogue des juges

La double trilogie constitutionnelle

S. Cassese évoque à de nombreuses reprises la trilogie constitutionnelle au cœur de la vie juridique de chaque État européen : trois constitutions, trois juges constitutionnels. La Constitution matérielle communautaire, la Constitution matérielle conventionnelle, la Constitution nationale ; le juge constitutionnel communautaire, le juge constitutionnel conventionnel, le juge constitutionnel national. La Cour constitutionnelle italienne s'érige – à l'instar de tout juge constitutionnel – en gardien de la suprématie de la Constitution nationale. Pour S. Cassese, cette supériorité est un « placebo⁴⁸ » permettant d'atténuer les angoisses liées à la mutation de la souveraineté étatique.

La Cour constitutionnelle a adopté, pendant longtemps, une position d'hostilité vis-à-vis du droit supranational. Pour ne pas procéder à des renvois préjudiciels à la CJUE, elle développa ce que l'on pourrait dénommer la thématique du *fuori* : se situant en dehors (*fuori*) du système pyramidal judiciaire ordinaire, elle s'estimait non liée par les obligations de renvoi incombant aux juges ordinaires. Cette thèse « erronée » selon le mot du juge⁴⁹ n'a plus cours au Palazzo della Consulta mais révèle combien a été frustrante la pénétration du droit supranational et (surtout) de la jurisprudence supranationale. S. Cassese est juge au moment même où la Cour constitutionnelle opère sa mue et saisit la CJUE (décision n° 103 de 2008) ; il est évidemment partisan de cette novation. Selon lui, cela renforce le « dialogue entre les cours⁵⁰ » (formule à laquelle on ne croit guère). Le dialogue prend *a fortiori* sens – selon S. Cassese – une fois précisé que la Cour utilise la technique du renvoi préjudiciel dans le cadre et du recours « *in via principale* » et du recours « *in via incidentale* »⁵¹. Était particulièrement attendu le renvoi à la CJUE dans le cadre de la procédure « *in via incidentale* » puisqu'ici la Cour constitutionnelle intervient après les juges ordinaires, sur saisine des juges ordinaires de dernier ressort. Avec ce lien renvoi préjudiciel/recours « *in via incidentale* », l'ensemble du système juridictionnel italien est concrètement intégré dans le système supranational communautaire.

Reste qu'il existe une ultime (et étrange) spécificité de la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle vis-à-vis du droit supranational : la césure opérée entre droit de l'UE et droit de la Convention EDH. Ce dernier possède en effet un statut normatif inférieur au droit de l'UE. Le juge utilise la technique de la « *norma interposta* » – norme intermédiaire d'interposition. Depuis deux décisions de 2007 (n° 348

⁴⁸ p. 78.

⁴⁹ p. 87.

⁵⁰ p. 219.

⁵¹ p. 223.

et 349), un traité international peut devenir paramètre intermédiaire (« *interposto* ») de la régularité constitutionnelle de normes législatives sur le fondement de l'article 117-1 C. Le juge ordinaire ne possède pas la compétence d'écarter une loi nationale ; cette compétence échoit au seul juge de la loi puisque la confrontation normative directe est entre loi et Constitution. S. Cassese pose une question en forme de réponse : combien de temps une telle distinction entre droit UE et droit conventionnel peut-elle perdurer⁵² ? La méfiance envers le droit conventionnel s'entrevoit clairement lorsque la Cour constitutionnelle se penche sur l'affaire Dorigo : l'Italie est condamnée par le Cour EDH pour violation de l'article 6-1 de la Convention. Le tribunal de Bologne demande à la Cour constitutionnelle de déclarer inconstitutionnelle la disposition du code de procédure pénal interdisant la révision d'un procès alors même que l'Italie a été condamnée par le juge de Strasbourg. S. Cassese révèle combien l'opposition à une décision de censure est forte. Le non admissibilité est décidée car la Cour refuse de poser une « décision de système » – choisir entre plusieurs possibilités – qui peut émaner du seul législateur en son éternel pouvoir discrétionnaire. Avec un humour cruel, S. Cassese souligne le caractère futile d'un tel raisonnement : « la thèse de la non-admissibilité est le fruit d'un extrémisme judiciaire. Si l'on l'accepte, il conviendra de repousser toutes les questions qui demandent l'adaptation de l'ordonnancement italien aux ordonnancements supranationaux, car chaque adaptation exige des ajustements⁵³ ».

Le dialogue des juges

Selon l'auteur, les cours constitutionnelles nationales ne doivent pas craindre de voir diminuer leur rôle et doivent développer le fameux dialogue des juges⁵⁴. À dire vrai, le problème semble se poser diversement. Les cours constitutionnelles redoutent logiquement – cela ne veut pas forcément dire légitimement – la perte d'influence qui est leur ; tout pouvoir – *a fortiori* lorsqu'il estime être en dehors (*al di fuori*) du système juridique traditionnel – ne peut que chercher à éviter un tel déclin. Face à cette suprématie des deux cours constitutionnelles supranationales, les juges – aidés par la doctrine – ont inventé (selon nous) le fameux/fumeux dialogue des juges dépourvu d'existence au sens juridictionnel du terme ; il s'agit d'une rhétorique consensuelle ayant pour obsession d'éviter les conflits normatifs/jurisprudentiels en raison du croisement des trois ordres (communautaire, conventionnel, national). G. de Vergottini a – en quelques pages simples et claires – montré qu'au regard de la science du droit et de la technique jurisprudentielle, le dialogue relève de la plaisanterie herméneutique⁵⁵. Les cours constitutionnelles résistent – souvent avec de

⁵² p. 213.

⁵³ p. 91.

⁵⁴ p. 69.

⁵⁵ G. DE VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue ente les Cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Paris, Dalloz, 2013.

faibles arguments – aux avancées jurisprudentielles des deux cours supranationales, en particulier de la CJUE. Puis elles s'inclinent, avançant des paravents conceptuels qui n'ont guère d'utilité pratiques (la théorie des contre-limites, l'identité constitutionnelle de la France). Quand une cour estime être située au sommet de la pyramide juridictionnelle, elle ne craint point les évolutions institutionnelles, normatives, jurisprudentielles. Le supposé dialogue s'évapore d'ailleurs aussitôt lorsqu'une cour craint à son tour de connaître une position ancillaire : pourquoi la CJUE s'oppose-t-elle à l'adhésion de l'UE à la Convention EDH ? La Cour de Luxembourg craindrait-elle de s'incliner devant la constitution matérielle du Conseil de l'Europe telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg ? Le vénérable dialogue des juges ne représente-t-il pas une protection suffisante ?

La Cour constitutionnelle – comme tout juge constitutionnel national – semble se trouver dans une « impasse⁵⁶ » (en français dans le texte), placée qu'elle est entre justices supranationales et juges nationaux ordinaires. Devenues juges constitutionnels, les cours supranationales européennes affaiblissent la Cour constitutionnelle avec une jurisprudence – qui s'en plaindra ? – toujours plus protectrices des libertés fondamentales et de moins en moins sensible aux particularismes nationaux. Les juges italiens de droit commun connaissent, quant à eux, la tentation de la non-saisine : désireux de se pencher également sur des questions constitutionnelles, les portiers sont tentés d'ouvrir moins que par le passé la porte qui conduit au Palazzo della Consulta. Le risque est, pour la Cour constitutionnelle, de se retrouver sur un « *binario morto*⁵⁷ », un quai mort.

II. Les yeux *dans* la Cour : le fonctionnement interne de la juridiction

La non admissibilité, ou comment ne pas décider

Les décisions de non admissibilité sont un instrument – facile, logique ? – pour écarter les saisines abusives, sans intérêt. « Négligence et superficialité⁵⁸ » caractérisent nombre de saisines, qu'elles émanent des juges du fond ou du gouvernement. Manque selon S. Cassese le « *leave* » des juges anglais ou le pouvoir de sélection de la Cour suprême des États-Unis. La non-admissibilité est avant tout instrument d'auto-défense contre ce que l'on pourrait dénommer syndrome d'*amparo* : la Cour italienne se protège pour éviter d'être noyée – à l'instar du Tribunal constitutionnel espagnol – sous une insupportable masse contentieuse⁵⁹. Il y a plus. La non-admissibilité permet d'affronter l'angoisse de juges soucieux de ne pas

⁵⁶ p. 191.

⁵⁷ p. 191.

⁵⁸ p. 23.

⁵⁹ p. 31.

décider au fond ; le misonéisme règne – parfois, souvent ? – à la *Consulta* et la non-admissibilité devient un instrument utile entre des mains juridictionnelles inquiètes⁶⁰. La non-admissibilité évite d’avoir à trancher des questions hautement politiques susceptibles de diviser la Cour et de mettre en cause sa légitimité.

Du précédent en pays italien de civil law

Le précédent occupe une place centrale dans le raisonnement de la Cour⁶¹. Les juges s’imprègnent d’une mémoire jurisprudentielle, d’une obligation implicite d’avoir à l’esprit la politique jurisprudentielle passée. Certes, on ne saurait comparer l’exercice avec celui pratiqué dans les pays de *common law* ; pour autant le rapprochement entre droit de *civil law* et droit de *common law* est aussi intéressant que logique. Les juges formant cette entité collégiale qu’est la Cour sont à la recherche d’une cohérence globale, d’une systématisation. Il en va de la crédibilité de la justice constitutionnelle qui ne saurait appréhender une question en faisant fi du passé, et en faisant fi de la rationalité (éventuelle) du passé. On entrevoit ainsi combien la Cour tente de construire un patrimoine constitutionnel minimalement cohérent. La virginité n’existe pas en droit constitutionnel jurisprudentiel. S’interrogeant – « Qu’est-ce la constitutionnalité⁶² ? », S. Cassese répond en deux temps. Tout d’abord, le juge tourne autour des précédents au point que « La décision est un exercice logique autour du précédent⁶³ ». Ensuite, le juge regarde si les pouvoirs publics ont fait montre – la formule négative veut tout dire – de *non-irrationalité*. Mais la ressource du précédent présente également un visage critiquable, celui de la dilution de responsabilité. S’attacher à un précédent, se tourner vers une ou des décisions passées est aussi un moyen de « se cacher derrière des décisions prises par d’autres⁶⁴ ». Si le précédent doit exister – et il ne peut qu’exister – il ne devrait pas servir de masque herméneutique.

Le style des décisions

De l’écriture des décisions de la Cour. Il n’existe pas une homogénéité stylistique quant à la rédaction des décisions. S. Cassese le regrette, aspirant à un style plus uniforme. Mais un tel objectif – pour être évidemment possible – est ardu à atteindre. Les décisions sont le fruit – quant à leur rédaction – du juge en charge d’une telle opération. S. Cassese dresse une typologie – volontairement pessimiste on imagine et un peu abrupte – des

⁶⁰ p. 34.

⁶¹ p. 20.

⁶² p. 25.

⁶³ p. 25.

⁶⁴ p. 38.

décisions en fonction de leur auteur. Les décisions écrites par des juges émanant des corps de la magistrature sont « concises, mais peu constitutionnelles » tandis que celles rédigées par des professeurs sont... « *scritte male* »⁶⁵.

Le rejet des opinions séparées/dissidentes, ou le mythe de la collégialité unanime

S. Cassese est un fervent défenseur de l'opinion dissidente. Difficile de ne pas le suivre, surtout pour un lecteur français habitué au contenu rachitique des décisions du Conseil constitutionnel. Les temps de la justice royale et monolithique sont révolus ; le temps du pluralisme est advenu. Il n'est plus possible aujourd'hui de soutenir qu'il n'existe qu'une seule solution à une interrogation juridique⁶⁶. Le refus de l'opinion dissidente enraine l'idée – stupide – que le juge applique seulement la loi car il ne possède pas de pouvoir créateur. Le lecteur français – qui a éventuellement subi quelques discours néandertaliens sur la puissance logique et implacable du syllogisme – ne peut qu'être fort sensible à cette discussion. Les opinions dissidentes peuvent notamment être fort utiles au législateur quand il doit intervenir à la suite d'une décision de la Cour. Comment ne pas songer aux décisions relatives aux lois ayant posé la suspension des procès pénaux pour les plus hautes fonctions de l'État ? À savoir le *lodo* Schifani (décision n° 24 de 2004) et le *lodo* Alfano (décision n° 262 de 2009). Dans les deux cas, la finalité politique des lois est de retarder les poursuites pénales visant le chef du gouvernement, S. Berlusconi. Dans la décision de 2004, la Cour censure le *lodo* Alfano mais ne précise pas si une modification de la Constitution est nécessaire. La question était pourtant au cœur du débat juridique. En 2009, le *lodo* Alfano est censuré, notamment pour violation de la hiérarchie des normes : une modification de la Constitution est impérative puisqu'est en jeu le statut d'organes monocratiques constitutionnels. On voit ici les carences inhérentes à l'absence d'opinions dissidentes : les juges de 2004 sont divisés, la discussion est vive... et le silence absolu *in fine*. Avec la publicité des opinions, le législateur ordinaire aurait été informé de la position de certains juges, et aurait compris que le risque de censure pour défaut de révision de la Constitution était élevé. Le silence collectif jurisprudentiel a fait perdre beaucoup de temps à l'Italie et a contribué à empoisonner le débat politique pendant cette période. La publicité constitutionnelle est un élément important de l'État de droit. S. Cassese souligne combien il y a – au fondement des opinions dissidentes (ou plutôt séparées car une opinion différente peut ne pas être dissidente) – une puissante réflexion sur le droit lui-même : « en réalité, le droit est incertain⁶⁷ ». Il est donc logique – *rectius* nécessaire – que s'expriment les opinions diverses, *a fortiori* une fois posé que *law is judge made law*. Une

⁶⁵ p. 33.

⁶⁶ p. 53.

⁶⁷ *Lezione sulla cosiddetta « opinione dissenziente »*, p. 282.

décision de justice est – dès lors que l'organe n'est pas monocratique – un processus délibératif. La dialectique juridictionnelle commande que soient consignées les positions diverses des divers juges.

L'audience publique, ce rite inutile

Inutile aurait écrit Flaubert dans son *Dictionnaire* ; tel est le sentiment de l'auteur lorsqu'il parle de l'audience publique⁶⁸. Le rapporteur lit son texte (préparé par son assistant, en tout ou partie), les avocats répètent avec plus ou moins d'enthousiasme les arguments développés dans leurs écrits, les juges ne posent pas de questions. De dialogue il n'y a point. Il s'agit d'un rite qui ne permet en rien de comprendre les enjeux et d'aller au-delà des opinions de chacun. Inutile et ennuyeux. Nuance : on apprend (p. 47) – presque avec joie, à tout le moins avec soulagement – qu'un juge a posé une question à une partie. S. Cassese aura attendu huit mois pour connaître ce plaisir de l'échange.

L'élection du président de la Cour, une obsession partagée

Cette question revient de manière récurrente sous la plume de l'auteur. Elle est, il est vrai, importante dans la mesure où elle obsède la quasi-intégralité des juges en fin de mandat. Car la tradition italienne conduit à élire président un juge sur le point de quitter la *Consulta*. Nombre de juges deviennent ainsi président pour une durée de quelques mois. Cette pratique a ses défenseurs : elle abaisserait le niveau de conflictualité au sein de la Cour. Beaucoup de juges peuvent prétendre présider un jour la Cour et terminer leur existence juridictionnelle avec le titre (et la retraite) de président émérite. Mais aucun président ne peut affronter – eu égard au temps restreint durant lequel il assume sa charge – les problèmes structurels que connaît la Cour. Pour S. Cassese, le système retenu dans les faits – celui de présidences souvent inférieures à une année – entraîne violation de l'esprit de la Constitution⁶⁹. Cette dernière prévoit que le président demeure en fonction trois années ; cela signifie qu'il ne peut aller au-delà d'un mandat de trois ans et peut exercer son magistère pour un laps de temps inférieur. Mais si les constituants de 1947 ont prévu une présidence de 36 mois, c'était dans un objectif de stabilité institutionnelle pour que le premier des juges puisse – dans la durée – s'attaquer aux questions importantes relatives au fonctionnement de la Cour. La pratique de la « présidence balnéaire⁷⁰ » (en référence aux gouvernements balnéaires au temps de la Démocratie-chrétienne) est jugée éminemment nocive. En sa dernière année de juge – alors qu'il vote pour la 9^e fois en neuf années pour un président –,

⁶⁸ p. 25.

⁶⁹ p. 257.

⁷⁰ p. 257.

S. Cassese propose à ses pairs de voter pour une femme : elle est constitutionnaliste, membre le plus jeune de la Cour, excellente connaisseuse des arcanes du Palazzo della Consulta puisqu'elle fut jadis assistante⁷¹. Trop de qualités peut-être réunies en une seule personne ; la présidence revient toujours et encore à un président. G. Napolitano est élu président de la Cour (sept voix contre six) ; il demeure en fonction pour une seule audience. S. Cassese avait indiqué à ses pairs – lorsque son temps de potentiel président commençait à poindre – qu'il n'entendait pas être candidat⁷². Pour éviter ce genre de situation, l'auteur propose une révision constitutionnelle : seul pourrait devenir président une personnalité devant assumer pour au moins encore trois années la fonction de juge constitutionnel⁷³. Salutaire.

Le personnel de la Cour

Les assistants

Leur rôle est fondamental. Mais une critique ne manque pas de survenir sous la plume de S. Cassese : les assistants ne voient pas suffisamment « les questions constitutionnelles et politiques⁷⁴ ». Cette critique est-elle méritée ? En un sens, les assistants prennent au sérieux l'assertion suivante : la Cour constitutionnelle est un juge, un authentique juge. Si l'on comprend bien S. Cassese, les assistants pêchent par naïveté, s'attardant sur les questions de pure juridicité et éludant la mission hautement politique de la Cour. Or, la Cour est autant un juge juridictionnel qu'un juge politique : c'est la raison pour laquelle elle doit « orienter, guider, légiférer⁷⁵ » (S. Cassese, héritier de Bagehot).

Le recrutement des assistants

La Cour donne parfois une leçon de droit administratif aux régions (et à l'État) en matière de recrutement de personnel, censurant le non-respect du principe du concours. Or – et S. Cassese dénonce cela à plusieurs reprises dans son ouvrage –, la Cour n'a jamais respecté le principe constitutionnel de l'article 97 C⁷⁶. Bien des recrutements ont été réalisés sans l'ouverture du moindre concours. Recruté par contrat annuel, le personnel de la Cour obtient de fait – au fil des années – une forme de titularisation. Et le

⁷¹ p. 242.

⁷² p. 257.

⁷³ p. 257.

⁷⁴ p. 48.

⁷⁵ p. 48.

⁷⁶ Article 97-3 C. : « L'accès aux emplois des administrations publiques est ouvert par concours, sauf exceptions établies par la loi ».

familiarisme – pour utiliser une formule très italienne – semble assez pratiqué Palazzo della Consulta selon l’auteur⁷⁷ qui y voit une « gestion semi-féodale des emplois publics⁷⁸ ».

Humains, trop humains

L’ouvrage de S. Cassese est souvent drôle, notamment lorsqu’il évoque – et dénonce – les travers de l’âme, quand bien même ceux-ci émanent d’éminents juges constitutionnels. En Chambre du conseil, les juges sont seuls, sans assistants, seuls avec leur charisme naturel ou leur(s) faiblesse(s). On rencontre le juge peu préparé car peu travailleur, le juge dont la tendance naturelle est de s’épancher car il aime s’écouter, le juge qui s’attarde sur des points étrangers à la cause, le juge qui s’arrête – pour ne pas dire s’excite – sur un point précis qui ne mérite peut être pas tant d’honneur, le juge au ton inspiré d’oracle mais incapable d’avoir « un raisonnement juridique précis⁷⁹ », le juge ultra-spécialisé qui ramène tout à sa cause, le juge viscéralement attaché aux décisions passées, le juge occupé principalement du prestige de la fonction, le juge brillant mais partisan⁸⁰... Aux juges frileux, retenant une conception minimaliste de leur office, il est tentant de leur demander de ne pas confondre « *giurisprudenza* » et « *giurispaura* »⁸¹...

Il y a ensuite les clivages traditionnels au sein de la Cour, ces clivages logiques qui expriment les différences de culture, au sens très large du terme. La trilogie organique tout d’abord, à savoir l’origine des juges de la Consulta : cohabitent en effet professeurs de droit, juges émanant du corps de la magistrature et avocats. S. Cassese ne s’arrête pas vraiment sur ce point (qui n’est peut-être pas fondamental à ses yeux). Le lecteur s’interroge : les professeurs-juges sont-ils les plus pédagogues, les juges-juges sont-ils les plus habiles rédacteurs, les avocats-juges sont-ils les plus éloquents ? Les clivages évoqués par S. Cassese sont d’une autre nature. Il en évoque trois : « politique (droite/gauche), religieux et moraux (laïcs/catholiques), culturels (pro-Europe et globalisation, ouverture aux autres ordres *versus* la *Völkerrechtsfreundlichkeit*)⁸² ».

⁷⁷ p. 175.

⁷⁸ p. 175.

⁷⁹ p. 66.

⁸⁰ p. 131-132.

⁸¹ p. 98.

⁸² p. 219.

La Cour et le culte du secret : un juge sans passé

Dès la première page de l'ouvrage, S. Cassese regrette que la Cour soit une oublieuse de passé. Il a en effet été décidé de ne pas conserver les documents renvoyant au passé de la Cour. Par comparaison, il loue la décision des autorités françaises de publier les procès-verbaux des décisions du Conseil constitutionnel. Paradoxe : le Conseil constitutionnel – dont les décisions sont l'incarnation de la pauvreté herméneutique et de la non-argumentation juridictionnelle – devient, sur le terrain de la transparence tardive, un modèle.

Pour terminer par une nomination. Cassese, entre Ciampi et Berlusconi

S. Cassese rapporte les conditions de sa nomination par C. A. Ciampi⁸³. Comique et juridiquement passionnant. Au Président Ciampi qui affirme qu'il lui revient – en tant que chef de l'État – de procéder de manière discrétionnaire à la nomination de trois membres de la Cour constitutionnelle, S. Berlusconi rétorque qu'il lui revient – en tant que parlementaire – chef de gouvernement incarnation de la volonté populaire – de décider. Le président du Conseil adopte une lecture parlementariste de la Constitution : si celle-ci prévoit que le chef de l'État désigne cinq membres de la *Consulta*, il s'agit d'une nomination formelle, le chef de l'État jouant le rôle de notaire de la République et s'assurant seulement du bon respect de la procédure. Pour C. A. Ciampi, le choix revient au chef de l'État, le seing du président du Conseil étant un acte obligé. Cette bataille autour de la compétence liée se termine par cet avertissement du chef de l'État, alors qu'il vient de signer les actes de nomination : « Les documents te seront transmis d'ici une heure à Palazzo Chigi. Je les ai signés en ta présence et en présence de deux témoins qualifiés. Si tu ne les retournes pas immédiatement signés, je serai contraint de soulever un conflit d'attribution devant la Cour constitutionnelle⁸⁴ ». Au regard de la jurisprudence de la Cour – il suffit de transposer la jurisprudence relative au droit de grâce – la victoire de C. A. Ciampi ne faisait guère de doute. Sa thèse et la jurisprudence de la Cour nous semblent cependant contestables. L'Italie est un régime parlementaire, avec un chef de l'État irresponsable et dépourvu de pouvoirs propres (au sens de l'article 19 C de la Constitution française de 1958). Or, selon la maxime chère à Duguit, là où il y a pouvoir, il y a responsabilité. Dans cette optique, le seing du chef de l'État serait obligé ; car le contreseing emporte transfert de responsabilité au profit du contresignataire, le chef du gouvernement responsable devant le Parlement. Pour justifier la thèse présidentialiste, la doctrine majoritaire et la Cour ont recours à la fiction magique du chef de l'État organe ontologiquement super partes, arbitre impartial n'appartenant pas à la sphère de l'exécutif. Il existe

⁸³ Les propos sont rapportés par E. Scalfari, journaliste-fondateur du quotidien *La Repubblica* (voir *La Repubblica*, 14 mars 2010).

⁸⁴ p. 265.

un autre argument, plus politique que juridique mais intéressant : si le chef du gouvernement choisit les juges d'émanation présidentielle, deux-tiers des juges constitutionnels seront désignés par la majorité politique du moment, avec un risque évident de politisation accrue de l'institution. Ultime possibilité normative, peut-être la voie de la sagesse : la thèse de l'acte dual, partagé, dualiste, duumvirale. L'accord du chef de l'État et celui du chef du gouvernement sont nécessaires au nom d'une logique d'équilibre des pouvoirs, d'équilibre entre les pouvoirs. Avec un risque, celui d'une Cour ne fonctionnant pas avec un collège plénier en raison des conflits entre organes constitutionnels.

*

De la toge et du régime semi-présidentiel (digressions conclusives)

On apprend de la plume de S. Cassese que la forme de la toge des juges a été choisie par M. Bracci, jadis membre de la *Consulta*. À l'oreille du constitutionnaliste, le nom de Bracci sonne avec force puisque celui-ci incita Gronchi, chef de l'État, à faire évoluer le parlementarisme italien vers un modèle à la française, gaullien. Eu égard à l'alors configuration politique spécifique de l'Italie – un parti communiste le plus puissant d'Europe occidentale, une *Destra* (extrême droite) aux scores non négligeables, une Italie à la souveraineté dite limitée – Bracci avançait la nécessité d'un exécutif puissant. Il estimait – à tort selon nous – que la Constitution permettait une telle évolution. Le débat n'est pas de peu car le rôle du chef de l'État est ambivalent en Italie, fluctuant en fonction de la cohérence de la majorité parlementaire et de la personnalité du titulaire. Aujourd'hui, si S. Mattarella semble occuper une position discursive de retrait, telle n'a pas été la position du *roi* Napolitano. Plus que certains autres chefs de l'État – Ciampi, Pertini (Cossiga demeurant à part...) –, il est intervenu de manière récurrente dans le débat politique, quand bien même ses interventions étaient toujours entourées de juridicité. Il ne s'agit pas d'une critique : sans doute cet interventionnisme était-il nécessaire eu égard à la fragmentation partitocratique et à la présence à Palazzo Chigi de S. Berlusconi. Mais la forme de gouvernement a muté selon nous, nonobstant les rassurantes formules visant le chef de l'État, 4^e pouvoir hors de la sphère exécutive et/donc neutre/impartial/*super partes*. L'introuvable régime semi-présidentiel existe, il se situe en Italie. L'élection du chef de l'État au suffrage universel direct n'est que peu d'importance (*cf.* l'Autriche, le Portugal...). Ce qui importe est de savoir si un régime parlementaire sous tutelle présidentielle émerge. Tel a été le cas en Italie. Alors que les Français cogitent depuis la fin des années 1950 sur la nature de leur régime, les Italiens ont donné sens à cette notion, si l'on entend par cela régime parlementaire (épisodiquement) sous tutelle présidentielle. Il s'agit d'un régime semi-présidentiel aléatoire, opérant par voie de flux et de reflux : en fonction de la personnalité du titulaire, en fonction de la cohésion de la majorité parlementaire.

Retour à la Cour. Celle-ci a contribué à masquer ce phénomène en inscrivant dans le marbre jurisprudentiel donc constitutionnel (puisque les cours constitutionnelles possèdent un pouvoir constituant dérivé) la théorie évoquée en amont : un chef d'État 4^e pouvoir situé hors la sphère exécutive et organe neutre/impartial/*super partes*. Sur le fondement de cette lecture irénique de la fonction présidentielle, elle a rendu certaines décisions critiquables (la décision sur le droit de grâce, et celle sur les écoutes téléphoniques notamment). Lorsqu'elle est saisie d'un conflit entre les pouvoirs d'État et que le chef de l'État est partie, elle magnifie la fonction présidentielle au détriment des autres, en utilisant une rhétorique juridique relevant davantage de l'affirmation quasi religieuse que de la démonstration argumentée. Le président de la République italienne devient alors – après le monarque bonapartiste français – le chef d'État le plus puissant des démocraties parlementaires constitutionnelles-pluralistes. Tout en étant irresponsable.

Déroutant et magnifique. À l'image de l'Italie.

Franck Laffaille est professeur de droit public à l'Université Paris XIII (Sorbonne/Paris/Cité), Faculté de droit (CERAP).