



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER N. 18/2008

Sebastiano Dondi

**L'interprétation "créatrice" de la loi selon l'expérience
de la Cour Constitutionnelle italienne**

Sant'Anna School of Advanced Studies
Department of Law
<http://stals.sssup.it>

ISSN: 1974-5656

L'interprétation "créatrice" de la loi selon l'expérience de la Cour Constitutionnelle italienne

Sebastiano Dondi

Abstract

L'article se veut au lecteur de langue française comme une présentation concise des évolutions les plus fondamentales de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle italienne en matière de techniques de décisions au cours des dernières années. Cela étant dit, on a tenté de ne pas se borner à décrire *summatim* ce développement progressif des «outils jurisprudentiels»: ce bref essai a plutôt d'en identifier les causes et d'en esquisser les conséquences en considérant le sujet à la lumière de la profonde mutation que l'institution des systèmes de justices constitutionnelle a apportée dans le «champ juridique» bourdieusien au cours du XXème siècle.

Keywords

Cour Constitutionnelle, interprétation créatrice.

L'interprétation "créatrice" de la loi selon l'expérience de la Cour Constitutionnelle italienne

Sebastiano Dondi

ABSTRACT: L'article se veut au lecteur de langue française comme une présentation concise des évolutions les plus fondamentales de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle italienne en matière de techniques de décisions au cours des dernières années. Cela étant dit, on a tenté de ne pas se borner à décrire summamim ce développement progressif des «outils jurisprudentiels»: ce bref essai a plutôt d'en identifier les causes et d'en esquisser les conséquences en considérant le sujet à la lumière de la profonde mutation que l'institution des systèmes de justices constitutionnelle a apportée dans le «champ juridique» bourdieusien au cours du XXème siècle.

KEYWORDS: Cour Constitutionnelle, interprétation créatrice.

SOMMAIRE: I. Introduction; II. Évolution de la jurisprudence constitutionnelle: de la disposition à la norme; III. La création au-delà de l'interprétation; IV. Conclusions. Quelques aspects de jure interpretando.

I. Introduction

Avec le passage de l'État de droit à l'État constitutionnel advenu en Italie à la fin du fascisme, non seulement la façon de concevoir les rapports entre les sources du droit a changé mais aussi le phénomène de l'interprétation juridique s'est nécessairement transformé. Si pendant l'ère libérale, l'âge des codes et du référé législatif, le juge-fonctionnaire, sans aucune intervention sur la norme, appliquait celle-ci dans le sens qu'il croyait être le seul suggéré par la disposition législative, (et, par conséquent, l'interprétation par excellence, était l'interprétation littérale), en revanche avec l'époque des Constitutions rigides, le juge qui rend justice doit offrir une interprétation de la loi la plus fidèle à la Constitution qu'à la loi elle-même¹. Le juge devient alors la bouche de la Constitution: il doit non seulement choisir une norme parmi de

¹ Ceci est substantiellement l'esprit qui animait la décision du Conseil Constitutionnel 85-197, selon laquelle la loi n'est pas l'expression de la volonté générale si elle est en désaccord avec la Constitution.

nombreuses autres qui découlent éventuellement de la disposition législative mais il doit aussi s'assurer que la norme élue soit «constitutionnellement compatible». Son action est double et rend le moment dialectique qui unit le *ius ex parte societatis* (la règle de droit selon Léon Duguit, le droit perçu dans la société) à la *lex* (le droit écrit) particulièrement délicat et complexe. Cela est d'autant plus vrai pour le juge constitutionnel, juridiction spéciale du législateur qui n'appartient pas au pouvoir judiciaire mais qui se situe bien au-delà: jouissant d'un régime normatif distinct, il n'est pas exactement placé au même ordre que les autres pouvoirs et il n'est pas traditionnellement supérieur à ceux-ci puisqu'il est doté d'une compétence plutôt différente.

Les modifications subies par l'instrument interprétatif à l'époque actuelle de la «décodification» ont été prononcées dans la ligne de la jurisprudence étant donné surtout que l'organe qui s'en prévalait était plus proche de la source première du droit constitutionnel et plus intrinsèque à celle-ci. Il n'y a alors rien d'extraordinaire à constater comment la Cour Constitutionnelle italienne, selon une direction certes formellement différente mais substantiellement semblable dans ses effets à la direction suivie par le Conseil Constitutionnel², a été en Italie le principal vecteur de cette révolution juridique copernicienne durant laquelle, à de fréquentes occasions, l'interprétation est devenue plus qu'un moyen de résolution d'un cas mais encore, de fait et au sens large, le *thema decidendum* du jugement. Au fil des années, il n'y a pas eu que de simples décisions interprétatives (de rejet ou d'admission), grâce auxquelles la Cour, tout en restant dans le milieu de la disposition, réussissait respectivement à choisir la norme compatible avec la Constitution ou à éliminer celle qui était constitutionnellement illégitime. Mais le juge des lois, dans la ligne du processus qu'il s'est délimité, a réussi également à individualiser une nouvelle catégorie herméneutique, celle de l'«interprétation manipulatrice», standard de lecture de la norme au-delà de la disposition, à l'extrême limite entre norme positive et création normative. Il s'agit de la même interprétation constitutionnelle qui se pose en effet comme activité créative: cela s'explique si l'on considère les principes qui caractérisent typiquement les normes constitutionnelles. À cause de leur surabondance axiologique par rapport aux

² Thierry Di Manno l'a magistralement observé il y a une décennie environ (T.DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, 1997).

règles, ils nécessitent non pas d'une simple application mais d'une valorisation exécutive qui puisse imprégner tout l'ordonnancement dans un sens circulaire. Surtout dans un système comme le système italien qui a choisi une forme de contrôle de la loi a posteriori, dans lequel la loi est exposée au contrôle de l'organe de justice constitutionnelle non au moment précédant sa promulgation mais pendant toute sa durée d'application jusqu'à son éventuelle abrogation, afin de permettre aux valeurs constitutionnelles de déployer à chaque instant leur force.

II. Évolution de la jurisprudence constitutionnelle: de la disposition à la norme

Selon une dynamique également bien connue en France, le juge constitutionnel italien, dès le début de son activité, a perçu que le choix classique kelsénien entre la décision d'admission et celle de rejet pour définir le doute de constitutionnalité relatif à une disposition normative est limitatif. Pour cette raison le juge constitutionnel italien, dès le 3^{ème} arrêt de la Cour³, a défini une catégorie particulière de décisions «complexes», pas nécessairement distinctes des décisions «simples» relatives au choix «admission-rejet» mais différentes de ces dernières d'un point de vue qualitatif et substantiel. Ces décisions d'une nouvelle génération se sont ultérieurement spécifiées en deux sous-catégories interprétatives: au sens strict et au sens large (ces dernières sont communément définies «manipulatives»). Appartiennent à la 1^{ère} catégorie les arrêts qui n'influencent pas la disposition normative (ou la signification, le droit écrit et les simples expressions littérales auxquelles se bornait l'objet de l'enquête du juge constitutionnel selon certains) mais la norme elle-même, c'est-à-dire le véritable sens attribué par les opérateurs judiciaires à l'énoncé verbal (opération interprétative qui était, dans la tradition de l'ère libérale, l'objet de l'activité des juges ordinaires). L'élaboration de cette nouvelle catégorie d'arrêts répondait implicitement à un principe traditionnel de conservation des valeurs juridiques et de privilège pour le législateur: là où il pouvait s'agir de plusieurs normes à partir d'une seule disposition (dont une ou plusieurs inconstitutionnelles), la Cour au lieu d'éliminer la disposition préférait

³ Comme Cour Constitutionnelle 3/1956.

la sauvegarder en se prévalant d'une décision interprétative de rejet. Avec ce type de décision, la Cour aurait pu, avec effet non contraignant même pour le juge qui saisit la juridiction, indiquer l'existence d'une norme compatible avec la Constitution dérivant d'une disposition législative déterminée et la proposer au juge a quo pour qu'il l'applique au cas d'espèce. Seulement dans un second temps, si la Cour avait été de nouveau investie de la même question de légitimité constitutionnelle, devant la réticence des juges à donner à la disposition la signification suggérée précédemment, la Cour aurait réussi à foudroyer la norme inconstitutionnelle. Et seulement dans ce cas, la décision de la Cour ayant valeur ablative se serait imposée erga omnes, et par la suite aussi vis-à-vis de la jurisprudence plus ou moins consolidée de la magistrature ordinaire (et surtout de la Cour de Cassation). Il pourrait s'agir à ce propos d'illégitimité constitutionnelle normative à formation progressive (la décision dite double). Les difficultés que ce mécanisme a produites entre la Cour et les juges sont claires: pour éviter que le dialogue entre ceux-ci soit compromis et que l'autorité de la Cour puisse être remise en question pour usurpation du pouvoir interprétatif traditionnellement réservé aux juges, celle-ci a choisi la voie du compromis. Sans mettre en discussion son pouvoir interprétatif comme *extrema ratio* devant une lecture jurisprudentielle *contra Constitutionem* de la loi, la Cour commença à valoriser l'interprétation de la loi donnée par les juges (surtout l'interprétation fournie par les Sections Unies de la Cour de Cassation). Là où s'était formé sur l'interprétation d'une disposition un droit vivant compatible avec la Constitution (voir une jurisprudence diffusément partagée et suffisamment consolidée), la Cour se gardait bien de rendre une interprétation alternative de la loi, en assumant comme objet du contrôle de constitutionnalité la norme appliquée par la jurisprudence prévalente⁴. Ce résultat a amélioré de manière décisive le dialogue entre le tribunal constitutionnel et la magistrature ordinaire, dialogue qui, dans un système ancré sur l'exception d'inconstitutionnalité, est l'élément essentiel pour préserver non seulement l'indépendance des juges mais également l'autorité de la Cour. Ce fut dans les années 1980 que prit fin ce qui était défini comme «la guerre des Cours», entendant ainsi la querelle entre les deux juridictions, ordinaire et constitutionnelle, sur le monopole de l'interprétation de la loi. Là

⁴ Sur ce point voir C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, 2003.

où le juge a quo voudrait s'éloigner du droit vivant et «personnaliser» l'interprétation de la loi, la Cour émettrait une décision corrective (de rejet) l'invitant explicitement à suivre l'interprétation commune jurisprudentielle (si et dans la mesure où elle serait compatible avec la Constitution). S'il n'existait pas un droit vivant, la Cour inviterait les juges à tenter eux-mêmes une interprétation conforme à la Constitution, comme déjà anticipé par le juge constitutionnel par l'intermédiaire d'une décision interprétative de rejet au sens strict (ou adéquatrice), qui, pourtant, ne prétendrait plus s'imposer aux opérateurs du droit: tout serait alors laissé, en dernier ressort, à la suite que cette même interprétation aurait dans la jurisprudence et dans l'application du droit vivant. D'autant plus que la Cour, en cas de non-observation par le juge a quo, pourrait réussir dans un jugement successif à éliminer tout court la disposition, sans plus se prévaloir d'une décision interprétative d'admission⁵.

Il faut cependant observer qu'au cours des dix dernières années, au lieu de promulguer des décisions interprétatives de rejet, la Cour a de plus en plus souvent recouru aux ordonnances déclarant que la question était manifestement infondée (voire des arrêts formellement processuels), en refusant de se prononcer sur la question et apportant comme motif que le juge a quo n'avait pas tenté l'interprétation adéquatrice à la Constitution en absence de droit vivant. La Cour s'est donc retrouvée de plus en plus souvent, durant ce qui a été défini à la fin des années 80 la phase de l'efficacité opérative⁶, à devoir intervenir à brûle pourpoint sur des problèmes de grande actualité et à haut caractère politique souvent sans avoir derrière elle le filtre d'une jurisprudence consolidée (le fameux droit vivant); c'est pourquoi dans une jurisprudence récente, le juge des lois, au lieu de décider au sens propre, renvoie la question aux juges a quibus afin qu'ils tentent eux-mêmes l'interprétation adéquatrice. *Drittwirkung* des normes constitutionnelles, certes, mais pas seulement. Après une confirmation ultérieure de la crise vers laquelle se dirige la doctrine du droit vivant, il est utile de rappeler que, différemment de ce qui se produisait jusqu'il y a encore quelques années, la Cour, dans ladite décision interprétative de rejet adéquatrice, réussit assez souvent à donner sa propre interprétation même en présence d'orientations jurisprudentielles

⁵ E.MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI. *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, p 136.

⁶ E.CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, p 38-39.

préexistantes. Le juge a quo peut décider de suivre les «arguments de droit constitutionnel» qui lui ont été signalés par la Cour ou procéder autrement, en assumant même le fait d'aller contre la jurisprudence de la Cour de Cassation. Si toutefois la magistrature ordinaire persiste dans sa volonté de soumettre au juge des lois des interprétations inconstitutionnelles, la dernière arme de la Cour demeure l'annulation. À noter que ces dernières années, la jurisprudence de la Cour de Cassation a été plus encline que par le passé à s'incliner devant les interprétations de la loi données par la Cour Constitutionnelle, en opposant de moins en moins de résistances à son rôle de nomophylaxie primaire⁷.

Ces nouvelles dynamiques entre la Cour et les juges vont vraisemblablement accentuer les différences du modèle italien de constitutionnalité dans le sens d'une «diffusion» de plus en plus grande. Le déclin de la doctrine du «droit vivant» semble donc coïncider avec les prodromes de celle de l'«interprétation adéquatrice», qui a pour but d'éviter le conflit non seulement avec les juges mais également avec le législateur. Le risque pourtant, comme on le verra, est différent: laisser aux juges la responsabilité de contourner l'obstacle de l'inconstitutionnalité de la loi que seule la Cour peut dépasser.

III. La création au-delà de l'interprétation

Rentrent dans la catégorie des décisions interprétatives, au moins au sens implicite et comme le démontre du reste la jurisprudence constitutionnelle française des décisions d'interprétation directive (qui, même en étant des décisions strictement interprétatives influencent substantiellement la lettre des dispositions), les arrêts de la Cour Constitutionnelle qui sont définis «manipulatifs», catégorie hétérogène qui accueille en son sein une multiplicité de sous-types. L'apparition d'arrêts manipulatifs est étroitement liée au difficile suivi jurisprudentiel qu'eurent pendant longtemps les décisions interprétatives: comme le remarqua dès leur apparition une doctrine qui fait autorité en la matière, les premières interprétations naquirent surtout en réponse à

⁷ Mais il faut rappeler à ce propos le récent contraste entre la Cour et les Sections Unies pénales de la Cour de Cassation, au sujet du calcul de l'entrée en vigueur des termes de mesure conservatoire, qui a vu cette dernière (arrêt n° 23016 de 2004) désavouer l'interprétation – exclue par la formulation législative de la disposition attaquée – que la première entendait lui imposer (arrêt n° 292 de 1998) sans passer nécessairement par une déclaration formelle d'illégitimité constitutionnelle: cf. A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, dans *Corriere giuridico*, 2004, p 988 et suiv.

l'adaptation manquée des juges aux interprétations de la Cour⁸. Le juge des lois réussissait donc à «manipuler» la disposition, par l'intermédiaire d'une opération interprétative renforcée (car «créatrice»....) mais «sauvait», même partiellement, la disposition de façon quasiment semblable à ce qui pouvait se faire avec une décision uniquement interprétative.

Cet ensemble de décisions qui comprend sommairement les décisions d'admission partielle, les décisions additives et substitutives, plutôt que de fournir à la Cour un instrument pour influencer sur la norme (avec une intervention qui se situe au niveau purement interprétatif) est le moyen dont la Cour dispose pour censurer des parties de dispositions normatives: c'est pourquoi elles sont aussi définies décisions d'admission partielle. Ces dernières ne se limitent toutefois pas à éliminer la disposition objet du contrôle (pars destruens) mais réussissent à en déterminer la substitution avec un autre énoncé (pars construens). On peut observer comment et dans quelles limites ceci est possible en considérant dans l'ordre théorique de «créativité» les sous-espèces de décisions qui rentrent dans cette vaste et hétérogène catégorie. Il s'agit avant tout des décisions d'admission partielle (ou réductrices) qui se rencontrent à une certaine fréquence dans la jurisprudence de la Cour. Avec celles-ci, le juge des lois réussit à censurer indirectement la disposition législative en agissant sur une norme qui en découle; dans ce cas, contrairement à ce qui advient dans les décisions interprétatives d'admission, le juge des lois n'indique pas la norme compatible avec la Constitution découlant de la disposition mais, devant une pluralité de normes et de significations non «exclusives» l'une par rapport à l'autre, il déclare l'illégitimité de l'une des normes in parte qua: l'illégitimité est donc déclarée « dans la partie où la disposition dit/prévoit...». La disposition est donc décomposée en deux fragments normatifs, dont un seul est retenu constitutionnellement illégitime. Il y a ensuite, logiquement opposés aux précédents, les arrêts manipulatifs dits additifs (ou adjonctifs) dans lesquels la Cour censure les omissions du législateur, «dans la partie où la disposition ne dit/ne prévoit pas...»⁹. Font tout d'abord partie de cette catégorie les décisions

⁸ A.M. SANDULLI. *Il primo dodicennio*. discours prononcé par le Président de la Cour prof. A.M. Sandulli le 3 décembre 1968 pour célébrer le douzième anniversaire de la première audience de la Cour, Roma, 1969.

⁹ Il n'est pas anodin, à ce propos, de noter l'assonance avec la doctrine consolidée de l'*incompétence négative* du Conseil Constitutionnel.

additives créatrices de «nouvelles» normes constitutionnelles, avec lesquelles la Cour réussit à dilater le milieu d'application du dispositif constitutionnel en déterminant de fait une auto-intégration normative interne à la Constitution¹⁰. Toutefois, la majeure partie des décisions additives influence non pas les normes constitutionnelles, mais les lois ordinaires. À leur tour, ces décisions s'articulent en deux sous-types: les décisions dites additives de prestation et/ou de garantie et les décisions définies comme additives de principe. En théorie, la distinction entre ces deux formes s'opère facilement: la Cour émettra une décision du premier type lorsque l'«addition» est constitutionnellement obligée et donc implicitement déduite de la disposition. Il s'agit alors de décisions «à rimes obligée» comme les avait définies Vezio Crisafulli, dans lesquelles la Cour se limite à remplir «mécaniquement» la seule lacune technique créée par l'inattention du législateur. Ce type de décision est souvent identifiable grâce à la forme du dispositif: l'illégitimité est déclarée pour «la partie où la loi exclut/ne prévoit pas...». À l'inverse, quand la Cour trouve une lacune qui pour être comblée nécessiterait un choix normatif de type politique, elle ne peut pas émettre une décision «à rimes obligées», étant donné la pluralité d'options normatives qui pourraient se présenter pour remplir le vide laissé par le législateur. En l'espèce, au lieu d'«imposer» une solution et donc d'exercer de manière impropre une fonction de législation positive, celle-ci se tourne, surtout au début des années 1990 et de manière peu fréquente, vers un type de décisions dites additives de principe. Il ne s'agit donc pas dans ce cas de censurer, comme dans les additives de garantie/prestation, la seule volonté négative du législateur quant à son inertie¹¹, avec l'intention de le diriger ultérieurement et de le guider pro futuro vers l'achèvement de la norme. Dans l'immédiat, l'unique effet d'une telle décision est d'indiquer au juge a quo le principe selon lequel la Cour retiendrait opportun de résoudre le cas d'espèce. Cependant, la Cour n'admet pas toujours que le juge puisse augmenter de manière herméneutique la norme législative pour l'adapter au principe constitutionnel énoncé. Dans ce cas, la Haute Instance émettra plus probablement une décision additive de mécanisme: cette dernière, en excluant que le juge puisse combler la lacune

¹⁰ Se rappeler par exemple la sentence 16/178 sur les nouvelles limites posées aux matières du référendum abrogatif.

¹¹ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, p 143.

(qui n'est donc plus simplement virtuelle mais réelle), sera alors pour le législateur plutôt une décision d'avertissement afin qu'il veille à remplir le vide législatif. Il est certes probable que ce genre de décision de la Cour demeure inécoutée (compte tenu qu'il s'agit surtout d'une application traditionnellement faible de la part du législateur des décisions de la Cour): elle protège le respect de la rigidité constitutionnelle en passant outre l'avertissement, en donnant suite à cette première décision «inoffensive», selon le schéma de la double décision, une décision d'admission ou, plus timidement, comme il est arrivé récemment, une décision d'inconstitutionnalité fondée mais non déclarée, décision dont il est licite de se demander sa valeur juridique¹². La tentative de la Cour de remplacer les manquements et les retards du législateur à travers les décisions additives (et plus généralement avec les arrêts manipulatifs) n'a pas été aussitôt accueillie favorablement par la magistrature ordinaire ; les rebellions plus ou moins larvées des juges ne manquèrent pas pour ces formes de décisions (comme on l'on déjà vu ci-dessus pour les décisions interprétatives au sens strict); souvent, au moment de l'application de la loi, ils donnèrent suite seulement à la partie «ablative» de la décision. C'est pourquoi les décisions de la Cour s'imposent aux juges seulement dans la partie où elles déclarent l'illégitimité d'une disposition ou d'une norme et non pas parce qu'elles «reconstruisent» celle-ci¹³. Mais il faut remarquer qu'après les résistances initiales, la magistrature ordinaire a coopéré avec un enthousiasme de plus en plus grand à l'effort «manipulateur» de la Cour Constitutionnelle en vue d'un objectif d'importance fondamentale: devancer les orientations du législateur et faire face aux défaillances législatives¹⁴.

Une autre sous-espèce du genre manipulateur est constituée des décisions dites substitutives, dans lesquelles la frontière entre le rôle du juge des lois et celui du législateur s'amenuise au maximum. Avec ces décisions la Cour Constitutionnelle réunit les effets qui seraient propres aux deux décisions: la première ablative (déclaration d'inconstitutionnalité de la loi) et la seconde

¹² A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, p 249.

¹³ C'est l'inverse donc de ce qui advient dans le système de justice constitutionnelle française, où en théorie une décision de conformité sous réserve d'interprétation contraint tous les opérateurs juridiques (selon une interprétation extensive de l'art 62 de la Constitution).

¹⁴ E. LAMARQUE, *Il "seguito" delle sentenze manipolative della Corte Costituzionale presso i giudici comuni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e deguito delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 87 et suivantes.

additive (censure adressée à «ce que le législateur ne dit pas»). Au lieu de procéder «en deux temps», la Cour réussit avec une décision rigoureusement «à rimes obligées» à substituer la règle énoncée par le législateur avec une autre disposition. Il s'agit de décisions qui, comme les autres arrêts manipulatifs, demeurent surtout ces dernières années quantitativement assez contenues mais qui sont qualitativement significatives. Celles-ci, plus que les autres décisions interprétatives au sens large, démontrent que dans ce genre de décision la nature purement interprétative de ce même arrêt est éphémère. En fait de décisions substitutives, il apparaît clairement que la lecture du texte constitutionnel ne vaut pas seulement comme spécimen pour évaluer l'unique illégitimité/légitimité de la disposition (et de la norme) mais déploie une valeur déontique positive supérieure en mesure de modifier la disposition législative elle-même.

La Cour, avec les arrêts manipulatifs en général, ne se limite pas, comme dans les décisions interprétatives d'admission, à censurer une norme illégitime mais elle va jusqu'à influencer l'intégrité de la disposition et donc du texte législatif. L'ensemble hétérogène constitué par les arrêts manipulatifs, front relativement récent de la jurisprudence constitutionnelle italienne, semblerait s'entourer, dans le cadre d'un élargissement physiologique (commun, du reste, au destin d'autres juges constitutionnels européens, dont le premier est le Conseil Constitutionnel) des frontières de la matière et des instruments de notre bloc de constitutionnalité. Ce dernier, comme on pourrait le présumer d'une interprétation littérale de la Constitution, ne comprend pas seulement, une activité de contrôle des choix positifs du législateur mais aussi des choix négatifs. Se vérifie donc l'hypothèse formulée par Franco Modugno pour qui l'activité du législateur serait toujours moins libre et toujours plus proche des standards d'une discrétionnalité essentiellement homogène par rapport à la discrétionnalité traditionnelle du droit administratif que le juge de la loi (en outre juge spécial comme le juge administratif) doit évaluer avec des moyens qui sont en continuelle augmentation¹⁵, comme s'il s'agissait d'accroître la matière du jugement constitutionnel avec les instruments de plus en plus nombreux dont il dispose. Cela dans le but de circonscrire avec la plus grande précision ce qui peut apparaître symptomatiquement comme un «excès de

¹⁵ F. MODUGNO. *Invalidità delle leggi*, I, Milano, 1970, p. 323 et suivantes.

pouvoir du législateur» (à comprendre toujours dans un sens aussi bien positif que négatif) mais qui, dans les formes simples des décisions d'admission ou de rejet, n'est pas censurable et ne peut faire l'objet d'aucune déclaration de la part du même tribunal constitutionnel. Les remontrances du législateur n'ont pas été sans importance à propos des arrêts manipulatifs (en particulier additifs et substitutifs). Les deux projets les plus récents de révision constitutionnelle à propos de la Cour qui proposaient justement une limitation rigoureuse et littérale des décisions possibles le démontrent clairement, en admettant seulement les décisions de rejet et d'admission (avec exclusion implicite des interprétations de premier et de deuxième type)¹⁶.

IV. Conclusions. Quelques aspects de jure interpretando

Tout cela étant dit, il est important, si nous voulons ramener notre enquête à la réalité des jurisprudences les plus récentes, d'ajouter un corollaire indispensable. On doit, sous forme d'anthologie, analyser deux aspects de la plus récente expérience jurisprudentielle relative aux arrêts manipulatifs (et interprétatifs); le premier d'ordre quantitatif et le second d'ordre qualitatif qui peut-être nous permettront de parvenir à quelque conclusion sur les futures perspectives de la justice constitutionnelle italienne.

Si, durant les années 1990, comme l'avait déjà remarqué de manière opportune la doctrine française¹⁷, l'appel de la Cour Constitutionnelle aux décisions interprétatives et manipulatives a été massif, on peut dire que dès le début de notre siècle, une telle tendance a subi un changement de cap décisif. En analysant les données statistiques, il paraît évident que la diminution décisive de ces décisions s'est substantiellement reportée sur l'augmentation notable des ordonnances d'inadmissibilité manifeste. On a précédemment évoqué cette évolution jurisprudentielle: le début du déclin de la doctrine du droit vivant a comporté une modification remarquable dans la conception des décisions interprétatives, substantiellement transformées en ordonnances d'inadmissibilité (que certains ont définies comme «décisions interprétatives

¹⁶ Dans ce sens, un premier projet de loi de modification constitutionnelle fut présenté alla Camera dei Deputati en 1998, un second en 2006.

¹⁷ Voir les données fournies par T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel*, cit., p 529 et suivantes, relatives aux années allant jusqu'à 1995. Pour l'expérience plus récente, voir les statistiques reportées en bas de page des rapports du président de la Cour Constitutionnelle sur le site dédié à celle-ci: www.cortecostituzionale.it

masquées») en invitant le juge, comme nous l'avons déjà dit, à formuler lui-même l'interprétation conforme à la Constitution. Une telle «conversion» en ordonnance d'inadmissibilité qui a caractérisé les décisions interprétatives est advenue également en substance pour les arrêts manipulatifs. Cela dit, selon la plus récente jurisprudence de la Cour, celle-ci peut, avec une ordonnance d'inadmissibilité, émettre sans plus aucune distinction une décision interprétative ou manipulative. Cela nous conduit donc à un second aspect intéressant, d'ordre qualitatif, à propos du désordre relatif (et à l'interchangeabilité) qui semble être apparu récemment à propos des décisions prononcées. Le phénomène commenté pourrait comporter une difficulté à ne pas sous-évaluer, à savoir l'incapacité de relier la forme d'une décision à son contenu et donc ne réussir à en individualiser ni la portée ni le sens. La classification faite ci-dessus à propos des typologies des décisions que la Cour a créées de manière prétoriale pour dépasser la rigidité du choix entre admission et rejet des questions qui lui sont soumises, loin d'être un simple scrupule didactique, est utile (comme il arrive toujours) pour pouvoir définir et analyser les phénomènes réels. Surtout quand ceux-ci, comme c'est le cas pour toutes les typologies de décisions de la Cour traitées ici, se soustraient à une discipline positive et risquent d'échapper au contrôle de la «normalité régulatrice». Cela est clair si l'on observe aussi le phénomène des décisions interprétatives et manipulatives dans la nouvelle perspective des sentences «mixtes»¹⁸ : la Cour combine de différentes techniques de décision, en produisant un dispositif à effectif multiple pour atteindre donc un acte des effets divers. Il s'agit en l'espèce, pour donner un exemple, d'une décision qui contient la manipulation et l'interprétation contemporaine (au sens strict) de la disposition. Cette tendance apparue récemment comporte non seulement une imprévisibilité notable du comportement de la Cour mais aussi, comme nous l'avons dit auparavant, une créativité qui paraît en perspective ne pas avoir de limites précises et qui risque de rendre peu reconnaissables les mêmes conclusions et les mêmes orientations que la Cour assume vis-à-vis des décisions examinées au cas par cas, engendrant sûrement une certaine désorientation des juges ordinaires.

¹⁸ C. PANZERA, *Prime riflessioni sulle sentenze «miste» (ovvero della fantasia della Corte)*, dans *Giurisprudenza italiana*, 2004, p 185 et suiv.

D'un côté, grâce à la diminution progressive de l'arriéré achevé dans les années 1990, la Cour aujourd'hui doit souvent analyser des lois récentes sur lesquelles aucune orientation jurisprudentielle ne s'est encore formée, comme nous l'avons indiqué auparavant: ceci pourrait donc faire penser à l'augmentation du degré d'abstraction du juge constitutionnel. De l'autre côté, l'orientation de plus en plus décisive de renvoyer les questions aux juges qui saisissent la Haute Instance afin de résoudre de manière interprétative les problèmes de constitutionnalité, pourrait faire croire à un déplacement de notre système vers un type de contrôle de constitutionnalité diffus. Probablement, les deux aspects ne s'éliminent pas de manière réciproque mais fonctionnent ensemble. Les doutes à propos des problèmes analysés jusqu'à présent perdurent, surtout le doute lié à la crainte d'une «dé-responsabilisation» du juge constitutionnel et à l'isolement qui s'en suit du juge ordinaire dans l'interprétation de la Constitution et de l'excessive «dé-localisation» de cette dernière. Cependant, la Cour veut certainement, avec les orientations de la dernière jurisprudence ci-dessus exposée, concrétiser la lecture constitutionnelle en faisant chaque fois fonctionner chaque principe et donner vie à une sorte de pluralisme et d'ouverture interprétative du texte fondamental de 1948, afin que, de manière de plus en plus décisive, l'exception de constitutionnalité qui est à la base du système italien de contrôle de la loi puisse produire complètement ses effets, ou celui d'un partage de plus en plus répandu des valeurs constitutionnelles afin que celles-ci puissent pénétrer à chaque moment la vie du droit.