

## CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ, INTERPRÉTATION CONFORME ET DÉCISIONS DE JUSTICE EN ITALIE : VERS UNE NOUVELLE CONFIGURATION DES RAPPORTS ENTRE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ET LES JUGES ORDINAIRES

Jean-Jacques PARDINI<sup>1</sup>

En Italie, il est bien entendu que le contrôle de constitutionnalité ne s'étend pas aux décisions de justice. Tout au plus, ces dernières peuvent-elles, en théorie, être annulées par la Cour constitutionnelle dans l'exercice d'autres compétences dont elle dispose : celle, d'abord, relative à la solution des conflits d'attribution entre l'État et les régions et entre les régions<sup>2</sup>; celle, ensuite, qui concerne les conflits entre les pouvoirs de l'État<sup>3</sup>. Ce sont là des questions qui, malgré l'intérêt qu'elles présentent, ne seront évoquées dans la présente contribution que de manière allusive et en tant que de besoin. De fait, au regard de la logique retenue par les organisatrices du colloque, mon propos se concentrera exclusivement sur le contentieux préjudiciel de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi, renvoyant au procès incident de constitutionnalité qui, on le verra, peut, à certains égards, rejoindre le thème en discussion.

Ce sont les articles 134 et 137 de la Constitution italienne, complétés et mis en œuvre par la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948<sup>4</sup> (article 1<sup>er</sup>) et la loi ordinaire n° 87 du 11 mars 1953<sup>5</sup> (article 23 et s.), qui ont prévu l'exercice, par la Cour constitutionnelle, d'un contrôle concret et *a posteriori* de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des Régions. Comme l'observait le Doyen Jean-Claude Escarras, les citoyens, dans ce cadre, « ne peuvent pas agir directement devant la Cour constitutionnelle, mais doivent suivre un chemin indirect et tortueux » pour saisir cette dernière<sup>6</sup>. Ce chemin indirect et tortueux, on s'en doute, passe par l'office des juges ordinaires (les juges *a quibus*) qui, pour reprendre une formule qui a fait florès, sont qualifiés de « portiers »<sup>7</sup> de la Cour constitutionnelle.

1 Professeur, Directeur-adjoint du CDPC Jean-Claude Escarras, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

2 Sur cette compétence, voir I. CIOLLI, « La Cour constitutionnelle italienne et les conflits d'attribution entre État et régions et entre régions », [www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it](http://www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it).

3 À propos de cette compétence, voir notre article « Les conflits entre pouvoirs de l'État en 1997 », *AIJC*, XIII, 1998, p. 727 et s.

4 Loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 portant normes relatives aux jugements de constitutionnalité et aux garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle, *GU* n° 43 du 20 février 1948.

5 Loi n° 87 du 11 mars 1953 portant normes sur la constitution et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *GU* n° 62 du 14 mars 1953.

6 J.-C. ESCARRAS, « Éléments de référence », *Cahiers du CDPC*, vol. n° 1, 1987, p. 30 (l'auteur citant U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, 2<sup>e</sup> éd., Rome, Zanichelli, 1984, p. 480).

7 On doit cette expression au grand juriste italien P. CALAMANDREI, *La illegittimità delle leggi nel processo civile*, Padoue, Cedam, 1950, p. XII.

On sait, en effet, que lorsque, au cours d'un procès, un juge [le juge *a quo*] régulièrement saisi, par une partie<sup>8</sup>, d'une question de constitutionnalité décide que cette question satisfait à certaines conditions<sup>9</sup>, il l'accueille et rédige une ordonnance de renvoi qui, pour être recevable, doit comporter des indications très précises<sup>10</sup>. C'est précisément sur cette ordonnance de renvoi que porte le contrôle de la Cour constitutionnelle. Il va sans dire que ce contrôle n'est pas à proprement parler un contrôle de constitutionnalité de décisions de justice au sens retenu par certains États. Pour autant, il s'agit bien d'un contrôle qui concerne *une* décision de justice<sup>11</sup>, mais une décision de justice très particulière qui s'analyse comme une « courroie de transmission » qui mène au jugement constitutionnel.

En ce sens, et à l'évidence, un tel contrôle participe, certes de manière indirecte, à l'examen de constitutionnalité. D'abord, parce qu'il porte sur la manière dont le juge *a quo* assure la liaison du contentieux constitutionnel ; à ce titre, le contrôle de la Cour constitutionnelle concerne, d'une part, la régularité des conditions de formation et de présentation de la question incidente et, d'autre part, l'appréciation, par le juge *a quo*, de la *rilevanza* de la question<sup>12</sup>. Ensuite, parce que le juge constitutionnel accepte sans ambages de contrôler l'examen, par le juge *a quo*, du doute de constitutionnalité, le *fumus boni juris*. Ce faisant, la Cour s'engage, s'il y a lieu – c'est-à-dire si les conditions précitées sont remplies – dans l'examen au fond de la question de constitutionnalité, réévaluant ainsi, le cas échéant, l'appréciation faite, par le juge *a quo*, de sa *non manifesta infondatezza*<sup>13</sup>.

Pour intéressantes et subtiles (peut-être trop d'ailleurs) qu'elles soient, ces questions ne seront pas ici évoquées, car, à l'évidence, elles ne constituent pas le cœur de nos préoccupations. L'analyse se concentrera en revanche sur l'adjonction, par la Cour constitutionnelle elle-même – donc par voie

8 On sait aussi que, autre hypothèse, le juge peut, en Italie, soulever d'office une question de constitutionnalité. Quoi qu'il en soit, le pouvoir de saisir la Cour constitutionnelle relève, en tout état de cause, de la *compétence exclusive* du juge. L'invocation, par les parties, d'un vice de constitutionnalité n'est en effet pas suffisante puisque, *in fine*, c'est le juge qui, au regard des conditions de recevabilité prescrites, décide que la question doit ou pas être transmise à la Cour.

9 Si ces conditions ne sont pas remplies, le juge opposera un refus aux parties et ne transmettra donc pas la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle. Sur la possibilité (très restreinte) de contester les refus de soulever la question de constitutionnalité et certaines difficultés tenant à la forme que prennent ces refus, voir P. Passaglia (cet ouvrage), « Modèle concentré et ancrage de la Constitution dans l'évolution du contrôle incident en Italie : contribution à l'étude des remèdes contre le refus de soulever la question préjudicielle de constitutionnalité ». L'auteur met l'accent sur l'absence de recours direct des particuliers contre les décisions de justice et sur le caractère très théorique de l'utilisation des conflits d'attribution évoqués *supra*.

10 Cette ordonnance de renvoi (*ordinanza di rimessione*) a un double effet prévu par l'alinéa 2 de la loi n° 87 de 1953 : la transmission immédiate des actes à la Cour constitutionnelle et la suspension du procès en cours. Il faut, par ailleurs, distinguer la forme et le contenu de l'ordonnance de renvoi : a) La Cour constitutionnelle estime que la forme n'est pas déterminante pour l'instauration du jugement de constitutionnalité : par l'ordonnance n° 124 du 5 mai 2014 (*Giur. cost.*, 2014, p. 2140 et s.), elle précise qu'« en soulevant la question de constitutionnalité, les juges a quibus, après avoir apprécié la *rilevanza* et la *non manifesta infondatezza* de celle-ci, ont prescrit la suspension de l'instance principale et la transmission du fascicule à la chancellerie de la Cour », en sorte que « l'on doit reconnaître à ces actes, même s'ils ont pris la forme d'un decreto, la nature d'une véritable ordonnance » (la question n'est donc pas irrecevable) ; b) S'agissant du contenu, en revanche, l'ordonnance doit comporter, aux termes de l'article 23 de la loi n° 87 de 1953 et d'une jurisprudence constitutionnelle constante, la description correcte du cas concret soumis à l'examen du juge, la motivation complète de la *rilevanza* et de la *non manifesta infondatezza* de la question de constitutionnalité, l'identification adéquate de l'objet de cette question, d'un *petitum* univoque et suffisamment défini et, on le verra, rendre compte de l'impossibilité de résoudre par voie interprétative le doute présumé de constitutionnalité. Le caractère exhaustif du contenu de l'ordonnance de renvoi est fondé sur le principe dit d'« autosuffisance » consacré par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Sur la portée de ce principe d'autosuffisance de l'ordonnance de renvoi, voir, notamment, F. CASTALDI, « Il principio dell'autosufficienza dell'atto introduttivo del giudizio dinanzi la Corte costituzionale », [www.extranet.dbi.it](http://www.extranet.dbi.it).

11 A. CERRI précise que l'acte introductif d'instance est l'expression d'un jugement complet, in *Corso di giustizia costituzionale*, 4<sup>e</sup> éd., Milan, Giuffrè, 2004, p. 147.

12 Il faut préciser que si les conditions requises à ce titre ne sont pas remplies, la Cour constitutionnelle adopte des « décisions de procédure » ou « procédurales » ou, encore, « processuelles » (irrecevabilité ou irrecevabilité manifeste) en déclarant qu'un (ou des) vice(s) entache(nt) tel ou tel élément conditionnant la liaison du contentieux constitutionnel, ce qui empêche l'examen au fond de la question de constitutionnalité.

13 Pour des précisions sur tous ces points en langue française, J.-C. ESCARRAS, « Éléments de référence », *op. cit.*, spéc.p. 61 et s. Sur un essai de comparaison entre la question italienne et la QPC, voir notre article « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, n° 37, 2011, p. 101 et s.



purement prétorienne – d’une autre condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité qui réside dans l’obligation, pour le juge *a quo*, de rechercher une interprétation de la loi conforme (*in accordance*)<sup>14</sup> à la Constitution. Que cette « nouveauté » soit largement discutée par la doctrine<sup>15</sup> – sans, d’ailleurs, que ces discussions soient encore totalement apaisées – ne doit pas surprendre. Car, enfin, en attribuant ainsi au juge de renvoi la fonction d’interprète obligé de la loi afin d’en dégager un sens conforme à la Constitution (I), la Cour constitutionnelle, alors même qu’elle ne dispose d’aucun instrument de contrôle efficace quant à l’exercice de cette fonction, assume consciemment le « risque » d’une altération du contrôle incident de constitutionnalité<sup>16</sup> (II).

## I. Le juge de renvoi, interprète obligé de la loi : l’interprétation conforme à la Constitution<sup>17</sup>

Aux deux conditions classiques de recevabilité que l’on a évoqué, la Cour constitutionnelle a, en effet, par voie purement prétorienne, ajouté une nouvelle condition tenant à l’obligation, pour

14 La doctrine italienne, à ce propos, évoque indifféremment les expressions *interpretazione conforme* et *interpretazione adeguatrice*. Il faut dire que la Cour constitutionnelle utilise elle-même les deux formules sans, d’ailleurs, que l’on puisse clairement identifier une différence conceptuelle entre elles. Pourtant, certains membres de la doctrine italienne ont tenté de faire le départ entre les deux types d’interprétation. Pour des précisions sur cette question, A. VIGNUDELLI, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia «normativa» delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1988, spéc. p. 66. En substance, selon l’auteur, l’interprétation *adeguatrice* renvoie à une interprétation de la loi en harmonie avec la norme constitutionnelle mais qui est erronée, alors que l’interprétation conforme est celle qui renvoie à une lecture en adéquation avec les exigences constitutionnelles et qui n’est pas erronée. On dira notre perplexité relativement aux hypothèses ainsi avancées, tenant à la difficulté de cerner avec précision la frontière entre une interprétation erronée et une interprétation non erronée de la loi toutes deux conformes à la Constitution. Pour une autre conception de l’interprétation *adeguatrice*, voir V. ONIDA, « L’attuazione della Costituzione tra Magistratura e Corte costituzionale », in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. n° IV, 1977, p. 537 et s.

15 Les écrits portant sur l’interprétation conforme de la loi à la Constitution sont très nombreux et renvoient à des opinions qui ne sont pas toujours concordantes relativement à sa nature et à sa portée. Sans prétendre à l’exhaustivité, on citera toutefois G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milan, Giuffrè, 2006 ; M. LUCIANI, « Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione «conforme a» », *Federalismi.it.*, 2007 ; R. ROMBOLI, « Qualcosa di nuovo ... anzi d’antico : la contesa sull’interpretazione conforme della legge », *archivio.rivistaaic.it*, 2006 ; M. D’AMICO, B. RANDAZZO (dir.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Actes du colloque de Milan, 6-7 juin 2008, Turin, Giappichelli, 2009 ; M. RUOTOLO, « Interpretazione conforme e tecniche decisorie della Corte costituzionale », *www.gruppodipisa.it* ; Actes du Séminaire de la Cour constitutionnelle, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, 6 novembre 2009, Milan, Giuffrè, 2010 ; A. CIERVO, *Saggio sull’interpretazione adeguatrice*, Rome, Aracne, 2011 ; G. SERGES, « L’interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione dei giudici », in *Scritti in onore di Franco Modugno*, IV, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 3380 et s. ; I. CIOLLI, « Brevi note in tema d’interpretazione conforme a Costituzione », *AIC*, *www.rivistaaic.it.*, 2012 ; M.-A. GLIATTA, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Aspetti teorici e applicazione pratiche*, 2012-2013, *feoda.unina.it* ; G. LANEVE, *La giustiziacostituzionale nel sistema dei poteri*, vol. I, *Interpretazione e giustizia costituzionale : profili ricostruttivi*, Bari, Cacuci, 2014 ; M. RUOTOLO, *Interpretare : nel segno della Costituzione*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014 ; F. MODUGNO, « Al fondo della teoria dell’«interpretazione conforme alla Costituzione» », *Diritto e società*, 2015, p. 461 et s. ; M. NISTICO, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Turin, Giappichelli, 2015. Voir également en langue française, Th. DI MANNO, « L’impossibilité de l’interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité italienne », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Actes du colloque d’Aix-en-Provence, 21-22 mars 2013, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 123 et s.

16 Comme il a été justement observé, « la question qui concerne l’interprétation conforme ne renvoie pas [...] au choix entre une application constitutionnelle ou inconstitutionnelle de la loi. Si tel était le cas, la décision serait évidente. La question renvoie plus exactement au choix entre application de la loi *secundum Constitutionem* et activation du contrôle de constitutionnalité et met donc en cause les rapports entre juridiction ordinaire et juges constitutionnels et la définition de leurs fonctions respectives [...] », in M.-A. GLIATTA, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Aspetti teorici e applicazione pratiche*, *op. cit.*, p. 58. Elle estime aussi que l’interprétation conforme n’est pas une question de « méthode juridique » pouvant se résoudre par une réponse prescriptive en termes d’interprétation de la loi. Du reste, dit-elle, « toute méthode sous-entend une idée différente du droit en sorte qu’une analyse qui porterait seulement sur le problème de la méthode serait nécessairement incomplète ». En ce sens, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turin, Einaudi, 1992, p. 185. L’idée est également exprimée, en doctrine, que plusieurs interprétations conformes sont possibles eu égard au caractère ouvert des normes constitutionnelles ; en ce sens, G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, *op. cit.*, p. 82 et s. qui prend quelque distance avec la thèse de la *one right answer* de Dworkin.

17 La notion d’interprétation conforme de la loi à la Constitution est également présente dans le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité (ci-après QPC) françaises, ce qui, d’ailleurs, n’a pas laissé d’inquiéter certains auteurs. On a pu en effet évoquer un « détournement de l’interprétation conforme » à cet égard, car « tout se passe comme si le juge ordinaire, usurpant le procédé de l’interprétation conforme dans le dessein d’arrêter le chemin d’une QPC, volait au Conseil constitutionnel sa traditionnelle fonction qui est, non pas d’interpréter la loi, mais d’encadrer l’interprétation de la loi dans les limites de la constitutionnalité », A. VIALA, « De la puissance à l’acte : la QPC et les nouveaux horizons de l’interprétation conforme », *RDP*, 2011, p. 979 et s. La distinction est donc établie entre une interprétation nécessaire à l’application de la loi et une interprétation nécessaire à l’examen de sa constitutionnalité [la frontière étant sans doute poreuse], de sorte que le fait que le juge ordinaire « indique, par une argumentation sur mesure, comment une disposition doit être interprétée pour demeurer conforme à la Constitution le porte à s’immiscer indûment dans les prérogatives herméneutiques du Conseil constitutionnel » (*ibid.* p. 982).

le juge de renvoi, de rechercher l'éventuelle interprétation conforme des dispositions législatives. Même si maints débats ont eu lieu à ce sujet<sup>18</sup>, cette condition nouvelle se présente en réalité comme un préalable (un *prius*) à l'appréciation des deux conditions classiques plus haut envisagées. Il faut donc comprendre que le juge *a quo* procède à son examen avant de s'atteler à celui des conditions tenant à la *rilevanza* et à la *non manifesta infondatezza* de la question de constitutionnalité<sup>19</sup>. La consistance de l'obligation, pour le juge *a quo*, de rechercher l'interprétation conforme de la loi à la Constitution doit d'abord être évoquée (A). La question se posera ensuite de l'articulation entre cette obligation et la doctrine du droit vivant (B).

### A. La consistance de l'obligation, pour le juge *a quo*, de rechercher l'interprétation conforme de la loi

C'est par l'arrêt n° 356 du 14 octobre 1996<sup>20</sup> que la Cour constitutionnelle, après quelques tentatives ponctuelles<sup>21</sup>, a forgé ce préalable, en précisant qu'« en principe, les lois ne doivent pas être déclarées contraires à la Constitution parce qu'il est possible d'en dégager des interprétations contraires [...], mais parce qu'il est impossible d'en dégager des interprétations conformes [...] »<sup>22</sup>. La jurisprudence est constante depuis cette date et les affirmations de la Cour, on le verra, toujours plus résolues.

Une telle assertion n'a certes rien de bien original, le critère de l'interprétation conforme ayant déjà été utilisé par elle dans le passé<sup>23</sup> avec cette conséquence qu'elle rendait, dans le cas où une loi contestée était susceptible d'être interprétée conformément à la Constitution, une décision interprétative de rejet<sup>24</sup>. Dans cette hypothèse, le juge de renvoi appliquait la loi en cause au litige concret

18 L'introduction de cette nouvelle condition de recevabilité a suscité bien des débats en Italie. Pour une synthèse complète des positions doctrinales, voir M.-A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Aspetti teorici e applicazione pratiche*, op. cit., p. 64 et s. qui distingue trois thèses : celle qui voit, dans l'interprétation conforme, un critère qui influe, en la modifiant, sur la *non manifesta infondatezza* ; celle qui estime que l'interprétation conforme entre dans le jugement de *rilevanza* ; celle, enfin, qui voit dans l'interprétation conforme une troisième condition d'ordre processuel – logique – introduite *iure pretorio*. Ceci dit, quelle que soit la pertinence de telle ou telle thèse, en cas de non-respect de l'obligation, c'est toujours par une décision d'irrecevabilité (manifeste) ou, plus rarement, d'*infondatezza* que ce non-respect est sanctionné par la Cour constitutionnelle. En ce sens, R. BIN, « L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge », [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it), p. 4 et s.

19 En ce sens, P. PASSAGLIA, « Modèle concentré et ancrage... », op. cit. (cet ouvrage).

20 Corte cost., sent. n° 356 du 14 octobre 1996, *Giur. cost.*, 1996, p. 3096 et s. avec note de E. LAMARQUE, « Una sentenza «interpretativa di inammissibilità» », *Giur. cost.*, 1996, p. 3107 et s.

21 Voir notamment l'arrêt n° 456 du 19 juillet 1989, *Giur. cost.*, 1989, p. 2086 (cons. en droit n° 2).

22 Cons. en droit n° 4. On comprend que cette formule ait pu conduire certains auteurs à penser que, dès lors, le juge *a quo*, ne pouvant rendre la loi conforme à la Constitution, devait être convaincu de l'inconstitutionnalité de celle-ci. Comme l'observe Th. Di Manno, reprenant une proposition de rectification émise par F. Modugno, « peut-être la Cour constitutionnelle aurait-elle dû plutôt affirmer [...] que les lois doivent être déclarées contraires à la Constitution, «parce qu'il est difficile (improbable) d'en dégager des interprétations conformes à la Constitution». Une telle formulation aurait permis de laisser entendre que le juge ordinaire doute de la constitutionnalité de la loi, parce qu'il lui est *difficile* ou qu'il lui paraît *improbable* d'en dégager une interprétation constitutionnellement conforme », in « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi... », op. cit. p. 142.

23 Sur l'identification de trois grandes phases dans l'expérience italienne de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, voir Th. DI MANNO, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi... », *ibid.*, p. 125 et s. Pour une analyse de l'évolution jurisprudentielle sur l'interprétation conforme, voir les références bibliographiques in M. BONI (dir.), *Le pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 58, note n° 262. On signalera que, lors du discours prononcé dans le cadre de l'Audience inaugurale de la Cour, constitutionnelle le 23 avril 1956, E. di Nicola, alors Président de la *Consulta*, avait indiqué que la Cour et l'Autorité judiciaire « doivent, avec une unité d'intentions et d'actions, tendre au même objectif : la Cour, gardienne de la Constitution ; la Magistrature, gardienne de la Loi » et que le rapport pouvait être « maintenu dans ces frontières naturelles, c'est-à-dire sans excès inutilement extensifs et sans excès injustement restrictifs ». Dans la même veine, C. MEZZANOTTE avait utilisé une formule qui a ensuite fait florès : « aux juges la loi, à la Cour la Constitution », in « La Corte costituzionale : esperienze e prospettive », in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Rome-Bari, Laterza, 1979, p. 160.

24 La littérature portant sur les décisions interprétatives de rejet (premier type de décisions interprétatives « créé » par la Cour) est foisonnante. On consultera notamment G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, op. cit. p. 177 et s. et R. ROMBOLI, « Qualcosa di



dans l'interprétation retenue par elle. Au contraire – et en cela l'arrêt de la Cour est innovatoire – elle décide, par cette décision, de prononcer l'irrecevabilité de la question incidente de constitutionnalité, en confiant au juge ordinaire la mission d'identifier lui-même la possible interprétation conforme de la loi à la Constitution. Ainsi, ce qui, pour le juge ordinaire, n'était jusque-là qu'une faculté<sup>25</sup>, devient désormais une obligation qui, en cas de non-respect, donne lieu à une décision dite de procédure<sup>26</sup> (ce qui montre bien qu'il s'agit d'une condition autonome de recevabilité de la question qui, si elle n'est pas respectée, empêche qu'elle puisse être examinée au fond par la Cour). En quelque sorte, le recours à la Cour constitutionnelle devient subsidiaire – une « possibilité résiduelle »<sup>27</sup> selon le Président Zagrebelsky – et ce n'est que dans la mesure où le juge ordinaire ne parvient pas à dégager une interprétation conforme de la loi à la Constitution qu'il pourra valablement la saisir<sup>28</sup>.

---

nuovo... », *op. cit.* p. 3 et s. Apparue dès l'arrêt n° 1 du 16 janvier 1957 (*Giur. cost.*, 1957, p. 1), cette technique a permis à la Cour constitutionnelle de s'abstraire de l'alternative rigide entre admission et rejet de la question, entre déclaration d'inconstitutionnalité et déclaration d'*infondatezza*. S'arrogeant ainsi le pouvoir d'interpréter de manière autonome les dispositions législatives soumises à son examen – et remettant ainsi en cause la distinction légalité/constitutionnalité – la Cour, par ce procédé, prononce le rejet de la question en fournissant une interprétation de la disposition législative contestée devant elle permettant de la « sauver » et d'éviter un vide normatif. On trouve différentes formules dans le dispositif de ces décisions qui permettent de les identifier, la Cour déclarant la question infondée *nei modi* (dans la mesure où), *in quanto* (en tant que), *nei sensi* (dans le sens où), *di cui in motivazione* (référence aux motifs de la décision). Sur la réception, par les juges ordinaires, des premières décisions interprétatives de rejet, voir C. MORTATI, « Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale », *Giur. cost.*, 1959, p. 550 et s. Sur les difficultés liées aux effets de ces décisions, voir P. PASSAGLIA, « Modèle concentré et ancrage... », cet ouvrage.

25 Le fait qu'il ne s'agisse que d'une faculté ou d'une éventualité permettait de tenir à distance la crainte de l'invasion de la sphère de compétence de la Cour (ce qui aurait été le cas s'il s'était agi d'une obligation). G. GROTANELLI expliquait ainsi que « seule la Cour peut juger, en appréciant le degré d'ambiguïté, donc de danger, de la norme, s'il est ou non opportun d'en déclarer l'inconstitutionnalité ou de tenter d'imposer, par un arrêt interprétatif de rejet, un sens donné de la norme », in « Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice », *Giur. cost.*, 1963, p. 417. Par ailleurs, une telle position se justifiait par des raisons de politique constitutionnelle « afin de permettre la concentration entre les mains de la *Consulta* de l'harmonisation des lois par rapport à la Constitution », G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2012, p. 293. Ainsi, la Cour jugeait recevables les questions soulevées par le juge *a quo* qui, par une ordonnance correctement motivée, exprimait seulement un doute sur l'interprétation qu'il retenait de la norme à appliquer. La Cour constitutionnelle, par l'arrêt n° 58 du 20 février 1995 (*Giur. cost.*, 1995, p. 493) par exemple, précisait que pour qu'« une question de constitutionnalité soit correctement posée, il suffit que le juge *a quo* donne à la disposition contestée une interprétation non improbable (non implausible) qu'il estime applicable au jugement principal [...] mais dont il doute, de manière non arbitraire ou à titre de pur prétexte, de la conformité à certaines normes constitutionnelles » (cons. en droit n° 2).

26 La conséquence est donc que le nombre de décisions interprétatives de rejet est en régression : il a été observé que de 1986 à 1996, le rapport entre décisions interprétatives de rejet et décisions d'irrecevabilité pour absence d'interprétation conforme était de 58 à 9, alors que pour la période 1997-2012 (premier quadrimestre), il était de 42 à 180 ; statistiques fournies par M. FIERRO, R. NEVOLA, I. MORELLI, M. FULGENZI (dir.), *L'interpretazione adeguatrice e l'obbligo del rimettente di ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata*, Service des études de la Cour constitutionnelle, (STU 235), 2012, p. 8 et s. Ceci dit, la forte réduction de cette catégorie décisive ne doit pas occulter le fait que, parfois, la Cour constitutionnelle adopte des décisions interprétatives de rejet « occultes », donc définitives du fait de « leur caractéristique typique qui consiste à maintenir la réinterprétation de la Cour « dietro le quinte » (dans la clandestinité) » (G. SORRENTI, « La Costituzione « sottintesa » », in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrice*, Actes du séminaires d'études de la Cour constitutionnelle du 6 novembre 2009, *op. cit.* spéc. p. 36. L'hypothèse ici visée est celle dans laquelle la Cour constitutionnelle, dans la décision d'irrecevabilité (parfois manifeste) qu'elle adopte, ne se limite pas à constater le défaut de motivation relativement à la recherche de l'interprétation conforme de la loi, mais fournit des indications au juge *a quo* pour appliquer la loi dans un sens conforme à la Constitution, indications qui n'apparaissent que dans les motifs de la décision. On voit bien que, par là, la décision d'irrecevabilité révèle un examen au fond. Cela rend d'ailleurs illusoire la re proposition – en théorie possible – de la question par le même juge *a quo* qui aura du mal à s'abstraire des orientations interprétatives de la Cour. Par ailleurs, la question a été posée de la pertinence de la décision d'irrecevabilité dans cette hypothèse dans la mesure où celle-ci, dans ses effets, ne concerne que le procès principal à l'origine de la question. Il faut bien voir, en effet, que, ainsi, l'interprétation conforme de la loi à la Constitution n'est pas relayée en sorte que, pour certains, l'instrument de la décision interprétative de rejet ou d'admission serait d'utilisation plus opportune. En ce sens, G. GEMMA, « Inammissibilità delle sentenze « interpretative » di inammissibilità », in M. D'AMICO, B. RANDAZZO, (dir.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, *op. cit.*, p. 276 et s. M. BONI considère par ailleurs que « la distinction entre décision interprétative de rejet et décision d'irrecevabilité n'est pas encore entièrement claire » dans la mesure où la Cour fait une utilisation ductile de ces décisions, ce qui témoigne de son intention « de maintenir fluides les limites des compétences de l'autorité judiciaire et de la Cour en adaptant la formule de la décision aux circonstances » », in « Le prononce... », *op. cit.*, p. 65-66. Certains estiment que dans la mesure où la décision interprétative de rejet ne possède pas une force entièrement contraignante pour le juge *a quo*, l'utilisation de la décision d'irrecevabilité pourrait permettre à la Cour de trouver un moyen plus persuasif envers celui-ci afin qu'il fournisse l'effort interprétatif nécessaire. Il ne faut pas non plus exclure le fait que les décisions d'irrecevabilité sont généralement adoptées en chambre du conseil, donc plus rapidement. Enfin, certains auteurs ont mis l'accent sur le fait que l'irrecevabilité pour effort interprétatif insuffisant ou absent se traduit, selon les cas, par une ordonnance d'irrecevabilité simple ou manifeste ou par un arrêt, ce qui déroge à la catégorisation binaire de l'article 18 de la loi n° 87 de 1953 qui distingue les arrêts des ordonnances, ces dernières, aux termes du dernier alinéa, étant « motivées de manière succincte ».

27 Conférence de presse du 2 avril 2004, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

28 On ne s'étonnera donc pas que le nombre d'ordonnances de renvoi soit en forte baisse : alors, par exemple, qu'en 2003, étaient recensées 1 196 ordonnances de renvoi, ce sont seulement 348 ordonnances qui ont été transmises à la Cour constitutionnelle en 2015.

Par là – et c'est l'avantage principal généralement reconnu par la doctrine<sup>29</sup> – la « légalité constitutionnelle »<sup>30</sup> tend assurément à pénétrer dans l'ordonnement juridique au moment de l'application de la loi au cas concret.

Le contrôle, par la Cour constitutionnelle, de l'ordonnance de renvoi se manifeste ainsi par le fait qu'elle exige que démonstration soit faite, dans cette ordonnance, non seulement de la recherche, par le juge *a quo*, d'une interprétation conforme de la loi, mais encore de l'impossibilité, pour lui, d'identifier une telle interprétation. De fait, ce contrôle est particulièrement « tatillon » et l'on « recense aujourd'hui de nombreuses décisions d'irrecevabilité (parfois manifestes) ou d'*infondatezza* (parfois manifestes)<sup>31</sup> rendues au motif que le juge *a quo* a omis ou s'est insuffisamment efforcé de dégager une interprétation conforme de la loi en cause à la Constitution »<sup>32</sup>. Certains auteurs, de manière significative, sont allés jusqu'à évoquer une « radicalisation de la doctrine de l'interprétation conforme »<sup>33</sup> au regard de l'ampleur du phénomène.

Il est néanmoins évident qu'il arrive à la Cour constitutionnelle de reconnaître l'impossibilité d'une interprétation conforme de la loi à la Constitution : dans ce cas, elle estime que la tentative vaine d'interpréter la loi conformément à la Constitution doit « céder le pas au contrôle de constitutionnalité »<sup>34</sup>. Dans cette hypothèse – non introuvable – la Cour décharge donc le juge *a quo* de sa mission, considérant que les efforts consentis par lui n'ont pu déboucher sur une lecture en harmonie avec les exigences constitutionnelles.

En revanche, elle n'admet pas que les juges puissent la saisir de manière à « s'appuyer » sur elle. Elle estime en effet que pouvoir-devoir de l'autorité judiciaire d'interpréter la loi à la lumière des principes constitutionnels exclut que l'on puisse lui soumettre un pur et simple doute interprétatif, puisque la recherche de solutions herméneutiques constitutionnellement orientées ne peut se traduire en une sorte de « protection » en faveur du juge commun. La Cour refuse donc, de manière

29 En ce sens, notamment, I. Ciolli, « Brevi note... », *op. cit.*, p. 4.

30 M. LUCIANI, « Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento », in *Scritti in onore di G. Ferrara*, Turin, Giappichelli, 2005, vol. II, p. 501 et s.

31 Il arrive, en effet, que la Cour censure l'effort interprétatif insuffisant du juge de renvoi par l'*infondatezza* (voir, par exemple, arrêts n° 18 du 28 janvier, n° 60 du 24 mars et n° 64 du 26 mars 2014 notamment, *Giur. cost.*, 2014, p. 260 et s., p. 1292 et s., p. 1368 et s.), ou par la *manifesta infondatezza* (ord. n° 124 du 5 mai, n° 179 du 11 juin 2014 notamment, *Giur. cost.*, 2014, p. 2140 et s., p. 2820 et s.). Dans ces cas (à l'inverse d'hypothèses où elle n'examine pas au fond l'affaire), elle adopte une décision de rejet de questions susceptibles d'être résolues sur le plan herméneutique. Par l'ordonnance n° 25 du 10 février 2014, par exemple, elle a jugé manifestement infondée une question qui avait déjà été déclarée infondée « au motif de la possibilité constatée d'une interprétation conforme à la Constitution de la norme dénoncée dans les termes indiqués par l'organe de *nomofilachia* » (*Giur. cost.*, 2014, p. 403 et s.). Il en est de même dans l'arrêt n° 51 du 12 mars 2014 où elle souligne que « la disposition contestée peut être interprétée de manière à dépasser les doutes de constitutionnalité proposés » (*Giur. cost.*, 2014, p. 1204 et s., cons. en droit n° 2).

32 Th. DI MANNO, *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, sous l'égide du Club des juristes, commission Constitution et institutions, octobre 2014, p. 80. La formule retenue par V. MARCENÒ est celle de « l'effort interprétatif insuffisant », in « Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo» : una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolativi (di norme) e con la dottrina del diritto vivente ? », *Giur. cost.*, 2005, p. 785 et s. Dans l'ordonnance n° 220 du 9 juillet 2014 par exemple, la Cour précise bien que « l'utilisation non adaptée des pouvoirs interprétatifs que confère la loi au juge de renvoi et l'absence de recherche de solutions herméneutiques différentes et praticables constituent des omissions justifiant l'irrecevabilité de la question » (*Giur. cost.*, 2014, p. 3503 et s., cons. en droit n° 5.1).

33 G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, *op. cit.*, p. 209. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que l'Avocat général de l'État, défenseur de la loi dans le procès constitutionnel, invoque, entre autres arguments, celui de l'interprétation conforme pour voler au secours des dispositions législatives et inciter la Cour constitutionnelle à rejeter la question.

34 Cour const., *sent.* n° 26 du 25 janvier 2010, *Giur. cost.*, 2010, p. 337 et s. (cons. en droit n° 2). De manière générale, la Cour procède à l'examen au fond de la question lorsque les juges *a quibus* ont estimé, par une motivation adaptée, que les efforts interprétatifs pour rendre la norme contestée conforme au prescrit constitutionnel dépassent les limites que l'ordonnement pose à l'activité herméneutique. Ainsi, par l'arrêt n° 216 du 9 juillet 2014, la Cour relève « le caractère correct de la reconstruction du cadre normatif de la part du Tribunal administratif de renvoi et l'impossibilité consécutive de fournir une interprétation différente des dispositions en vigueur » (*Giur. cost.*, 2014, p. 3440 et s., cons. en droit n° 5).



traditionnelle, d'accueillir des requêtes propres à obtenir un *avis* sur l'option herméneutique proposée par le juge de renvoi, car, pour elle, cette démarche révèle une « utilisation impropre et dévoyée de l'incident de constitutionnalité qui vise non pas fournir une solution à un problème de préjudicialité au regard de la définition du *thema decidendum* du cas d'espèce, mais à tenter d'obtenir de la Cour un avis interprétatif »<sup>35</sup>.

Reste à savoir comment la Cour constitutionnelle appréhende la situation lorsque la loi fait l'objet d'une interprétation consolidée et qu'elle est appliquée de manière constante dans le sens qui lui est attribué. C'est ici aborder la question de l'articulation entre l'obligation d'interprétation conforme de la loi à la Constitution et la doctrine du droit vivant.

## B. L'articulation entre l'obligation d'interprétation conforme de la loi à la Constitution et la doctrine du droit vivant

La question de l'articulation du critère de l'interprétation conforme avec la doctrine dite du « droit vivant »<sup>36</sup> (l'interprétation consolidée de la loi provenant d'une orientation jurisprudentielle constante) ne pouvait pas ne pas se poser. La Cour constitutionnelle – qui elle est liée par le droit vivant, lorsqu'il existe, et ne peut proposer une interprétation différente, en sorte que l'objet du jugement de constitutionnalité est nécessairement l'interprétation consolidée de la loi<sup>37</sup> – a été amenée à se prononcer sur cette articulation. De manière générale, elle précise certes que le juge *a quo* doit apprécier tous précédents utiles, alors même qu'ils ne révéleraient pas encore une orientation interprétative consolidée. Dans l'ordonnance n° 222 du 4 juillet 2011, par exemple, elle observe que « le juge de renvoi n'a pas pris en considération une autre orientation de la jurisprudence administrative, abstraction faite de savoir s'il s'agit ou pas d'un droit vivant, omettant ainsi d'envisager la possibilité de parvenir, par voie interprétative, à la solution qu'il aurait pu estimer conforme à la Constitution »<sup>38</sup>.

L'hypothèse est différente si l'existence d'un droit vivant ne fait aucun doute. Dans son arrêt n° 350 du 13 novembre 1997, la Cour constitutionnelle a, en effet, estimé que le juge de renvoi pouvait certes accueillir cette interprétation consolidée de la loi. Toutefois, elle l'incite à s'en abstraire dans l'hypothèse où il estime qu'elle est contraire à la Constitution et l'encourage ainsi à dégager de la loi une interprétation différente et conforme aux exigences constitutionnelles. Elle précise en effet que s'il est vrai qu'il « n'existe, dans le système en vigueur, aucune obligation, pour le juge du fond, de se conformer aux orientations de la Cour de cassation (sauf hypothèse où sont en cause des jugements de renvoi), il est également vrai que lorsque des orientations sont consolidées de manière stable dans

35 Cour const., *ord.*, n° 322 du 11 décembre 2013, *Giur. cost.*, 2013, p. 5075 et s. Voir aussi les ordonnances n° 205 du 9 juillet 2014, *Giur. cost.*, 2014, p. 3301 et s., n° 92 du 19 avril 2015, *Giur. cost.*, 2015, p. 784 et s., et n° 161 du 24 juin 2015, *Giur. cost.*, 2015, p. 1315 et s..

36 C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris-Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 2003. G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *AJJC*, vol. II, 1986, p. 55 et s.

37 On sait que cette auto-limitation de la Cour constitutionnelle a fait suite à ce que l'on a appelé la « guerre des deux cours », due à la concurrence entre la *Consulta* et la Cour de cassation dans l'interprétation des lois ; voir N. ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la « guerra delle due Corti »*, Milan, Giuffrè, 1973. Pour des précisions sur ce point, G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *op. cit.*, évoquant les « interprétations militantes » de la Cour constitutionnelle (p. 68). En renonçant, dans les années 1970, à adopter des interprétations de lois qui auraient été en contraste avec celles issues de la jurisprudence dominante, spécialement celles de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle a ainsi signé un armistice salutaire pour les rapports entre elle et les juges ordinaires.

38 Cour const., *ord.* n° 222 du 4 juillet 2011, *Giur. cost.*, 2011, p. 2876 et s.

la jurisprudence – au point de revêtir les traits d'un «droit vivant» – il est possible que la norme telle qu'interprétée par la Cour de cassation et les juges du fond soit soumise à l'examen de constitutionnalité, puisque, ainsi enracinée dans l'ordonnancement, elle ne peut être modifiée sans l'intervention du législateur ou de cette Cour. En d'autres termes, poursuit-elle, en présence d'un droit vivant, non accueilli par le juge *a quo* qui le considère inconstitutionnel, celui-ci a la faculté de choisir entre l'adoption, toujours permise, d'une interprétation différente [et conforme à la Constitution] ou – retenant le droit vivant – la transmission de la question à la Cour ; en revanche, en l'absence d'un droit vivant, le juge de renvoi a le devoir d'adopter l'interprétation conforme aux principes constitutionnels »<sup>39</sup>.

Dès lors, il faut bien comprendre que si le juge *a quo* estime que le droit vivant est en contradiction avec la Constitution, il dispose d'une faculté clairement et, depuis lors, constamment exprimée par la Cour constitutionnelle. L'obligation d'interprétation conforme de la loi à la Constitution laisse donc place dans cette hypothèse à un choix dont dispose le juge de renvoi. C'est ce que la Cour rappelle, en termes généraux, dans l'arrêt n° 242 du 22 octobre 2014 en précisant « qu'en présence d'une orientation jurisprudentielle consolidée, le juge *a quo* – s'il est libre de ne pas la partager et de proposer une exégèse différente, le caractère vivant de la norme étant un phénomène par définition ouvert – a, de manière alternative, la faculté d'assumer l'interprétation contestée en termes de «droit vivant» et de demander sur cette base le contrôle de compatibilité avec les paramètres de constitutionnalité »<sup>40</sup>. Elle rejette ainsi l'exception d'irrecevabilité soulevée par le président du Conseil des ministres tenant à l'inexistence d'un droit vivant, en précisant que « la jurisprudence administrative s'est désormais fermement consolidée [...] au point d'assumer les caractères d'un vrai et propre droit vivant, comme le démontre une série importante de décisions du Conseil d'État, toutes de même signe »<sup>41</sup>.

En revanche, on devine aisément que lorsque, dans cette hypothèse, l'interprétation conforme de la loi à la Constitution n'est pas possible, malgré les efforts entrepris par le juge de renvoi pour la dégager, ce dernier n'aura d'autres ressources que de transmettre à la Cour la question de constitutionnalité portant sur le droit vivant qu'il estime inconstitutionnel. Dès lors, *tertium non datur* : soit la disposition législative ne fait l'objet d'aucune interprétation consolidée ou véritablement consolidée (il n'y a donc pas de droit vivant ou de droit vivant incontestable) et le juge *a quo* est alors dans l'obligation de fournir – si possible – une interprétation conforme de la loi sous peine d'être « sanctionné » par la Cour constitutionnelle ; soit, à l'inverse, le droit vivant existe indubitablement et le juge *a quo*, s'il estime que ce droit vivant est inconstitutionnel, dispose alors d'un choix : soit s'efforcer de proposer une interprétation différente de la loi conforme à la Constitution (si elle est possible), soit transmettre à la Cour la question de constitutionnalité de ce droit vivant. Ainsi, la *Consulta* semble trouver un point d'équilibre entre interprétation conforme et respect du droit vivant même si, on le constate, l'existence d'un droit vivant peut être contournée par le juge ordinaire.

39 Cour const., *sent.* n° 350 du 13 novembre 1997, *Giur. cost.*, 1997, p. 3435 et s.

40 Cour const., *ord.* n° 242 du 22 octobre 2014, *Giur. cost.*, 2014, p. 4004 et s. (cons. en droit n° 2). *Idem* dans l'arrêt n° 11 du 9 février 2015, *Giur. cost.*, 2015, 108 et s. (cons. en droit n° 3) et dans l'ordonnance n° 201 du 23 septembre 2015, *Giur. cost.*, 2015, p. 1627 et s.

41 Cons. en droit n° 2.



On ajoutera que, évidemment, l'inexacte reconstruction du droit vivant par le juge *a quo* provoque l'irrecevabilité de la question. Ainsi, par l'ordonnance n° 96 du 9 avril 2014, la Cour précise que « le juge de renvoi a élevé au rang de «droit vivant» une orientation interprétative exprimée par deux décisions des sections isolées de la Cour de cassation, adoptées dans un intervalle de plusieurs années [...] : orientation, dit-elle, dont les postulats sont en contradiction ouverte avec le courant interprétatif consolidé »<sup>42</sup>.

Finalement, le choix opéré en 1996 par la Cour constitutionnelle se traduit par une jurisprudence aujourd'hui stabilisée, mais qui, assurément, reste largement commentée en doctrine. Il ne faut d'ailleurs point s'en étonner si l'on considère que, par son contrôle incisif de l'ordonnance de renvoi, la Cour rend possible, sans avoir aucune prise sur le résultat interprétatif issu de l'esprit des juges, une altération du contrôle incident de constitutionnalité.

## II. L'altération possible du contrôle incident de constitutionnalité

Force est de constater que le changement de route opéré par la Cour constitutionnelle a suscité de nombreuses préoccupations et moult réflexions doctrinales portant sur la possible altération du cadre général du système. La question du sens à assigner à l'obligation de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution a été largement discutée avant que la Cour constitutionnelle elle-même indique, sans surprise, que le principe de suprématie constitutionnelle était au fondement d'une telle obligation (A). Pour aussi logique et attendue qu'elle soit, la consécration d'un tel principe conduit, à l'évidence, à une nouvelle configuration des rapports entre des juges (ordinaires) dont, assurément, la responsabilité interprétative est renforcée et les juges constitutionnels. De ce point de vue, et au regard de certains risques liés aux excès possibles dans la lecture des textes, la question se pose des moyens dont dispose la Cour constitutionnelle pour assurer la régulation des interprétations conformes (B).

### A. Le sens de l'obligation de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution : le principe de suprématie constitutionnelle

La Cour constitutionnelle, dans l'arrêt n° 356 de 1996, n'apporte aucune explication sur la nouvelle « politique » qu'elle entend mettre en place. De fait, plusieurs thèses, plus ou moins pertinentes, ont été avancées sur le plan doctrinal dont la finalité était de fournir un sens, en même temps qu'un fondement<sup>43</sup>, à l'obligation pesant sur les juges d'identifier une interprétation conforme de la loi à la Constitution.

Une partie de la doctrine a considéré que le changement de perspective opéré par la Cour était lié à des exigences purement contingentes, la *Consulta*, en imposant l'obligation en cause,

<sup>42</sup> Cour const., *ord.*, n° 96 du 9 avril 2014, *Giur. cost.*, 2014, p. 1703 et s. *Idem* dans l'arrêt n° 11 du 9 février 2015 précité où la Cour juge infondée une question de constitutionnalité pour « interprétation erronée de la norme contestée par le juge de renvoi » qui a présupposé un droit vivant introuvable dans la jurisprudence de *nomofilachia* (cons. en droit n° 4).

<sup>43</sup> Sur ce point, A. RUGGERI, « Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme », in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (dir.), *op. cit.*, p. 388 et s.

ayant cherché à obtenir une « déflation » du contentieux pesant sur elle<sup>44</sup>. Dès lors, en effet, que le juge *a quo* omet ou s'efforce insuffisamment de dégager une interprétation conforme de la loi à la Constitution, elle rend des décisions d'irrecevabilité (éventuellement manifestes) pour « effort interprétatif insuffisant », se « débarrassant » ainsi, en chambre du conseil, du problème sans autres formalités. Force est cependant de constater que cette thèse est fragile et n'est en aucun cas partagée par ceux qui observent que, dans les années 90, l'arriéré de la Cour, dû au procès Lockheed, était tout à fait stabilisé<sup>45</sup>. En réalité, ce sont sans doute des motivations d'ordre substantiel qui ont conduit la Cour constitutionnelle à opérer ce changement d'orientation. De ce point de vue, plusieurs thèses explicatives ont, là encore, été avancées par la doctrine avant que la Cour constitutionnelle vienne elle-même fournir la « solution » au problème.

Il a d'abord été observé que, certes sans le dire, la Haute Instance, en 1996, s'était appuyée sur le principe de conservation des actes juridiques, dérivant de l'adage latin *Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*<sup>46</sup>, et qui, inscrit à l'article 1367 du code civil – équivalent de l'article 1157 du code civil français – porte sur la matière contractuelle<sup>47</sup>. Ce principe serait ainsi au fondement de l'interprétation conforme en même temps que, pour certains, il en constituerait la limite<sup>48</sup>. De fait, ce principe – fondant assurément une méthode d'interprétation – est régulièrement sollicité par la Cour constitutionnelle<sup>49</sup> qui le considère comme faisant partie des « canons herméneutiques généraux » auxquels elle a recours. Ainsi lit-on, dans l'arrêt n° 368 du 9 juillet 1992, que « cette Cour a, en effet, constamment affirmé que le principe de conservation des valeurs juridiques [...] impose le maintien en vie d'une disposition de loi, lorsque l'on peut reconnaître à celle-ci au moins une signification conforme à la Constitution »<sup>50</sup>. Le *continuum* jurisprudentiel est ainsi établi et l'on perçoit assurément les liens intimes qui unissent le principe de conservation des actes juridiques (en l'occurrence les lois) et l'interprétation conforme à la Constitution.

D'autres membres de la doctrine ont mis l'accent sur l'existence d'un principe de présomption de constitutionnalité des lois pour expliquer le canon de l'interprétation conforme<sup>51</sup>. Selon cette thèse, proche d'ailleurs de celle impliquée par le principe de conservation des actes juridiques, la

44 M. FIERRO, R. NEVOLA, I. MORELLI, M. FULGENZI (dir.), *L'interpretazione adeguatrice e l'obbligo del rimettente di ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata*, *op. cit.*, p. 7.

45 En ce sens, M. BONI, « Le pronunce... », *op. cit.*, p. 59-60. Sur le procès Lockheed impliquant la responsabilité pénale de deux ministres italiens, voir *Processo Lockheed*, suppl. *Giur. cost.*, n° 10, 1979.

46 L'adage *utile per inutile non vitiatur* renvoie à la même idée.

47 Article 1367 du code civil (« Conservation du contrat ») : « En cas de doute, le contrat ou les clauses particulières doivent être interprétés de manière à produire leurs effets et non de façon à n'en produire aucun ». De cet avis, A. PACE, « I limiti dell'interpretazione «adeguatrice», *Giur. cost.*, 1963, p. 1070 et s. ; G. SORRENTI qui, toutefois, considère que c'est seulement dans le cas où la signification de la norme-paramètre est univoque et où il y a une orientation jurisprudentielle uniforme sur la disposition contestée que cette hypothèse serait valide (ce qui pose la question des normes constitutionnelles dont l'ouverture interdit les solutions univoques puisque, par hypothèse, plusieurs interprétations conformes à une seule norme constitutionnelle seraient envisageables, ce qui mettrait à mal le principe de certitude juridique et le souci d'unification jurisprudentielle), *L'interpretazione conforme... op. cit.*, p. 143.

48 Sur les limites évoquées, A. PACE qui s'appuie sur le fait que les décisions des juges *a quibus* n'ont pas d'effets *erga omnes*, in « I limiti dell'interpretazione «adeguatrice» », *Giur. cost.*, 1963, p. 1073.

49 En ce sens, Th. DI MANNO, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi... », *op. cit.*, p. 131.

50 Cour const., *sent.*, n° 368 du 9 juillet 1992, *Giur. cost.*, 1992, p. 2935 (cons. en droit n° 3).

51 En ce sens, M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme e tecnica decisorie*, *op. cit.* p. 14 et s. qui met l'accent sur l'opportunité d'une valorisation de la pratique de l'interprétation conforme « dans la mesure où elle permet une meilleure conscience de la part du juge de la possibilité d'appliquer directement la Constitution, lorsque c'est techniquement envisageable, soit pour combler les lacunes de l'ordonnement – comme cela est arrivé, par exemple, dans la récente affaire Englaro – soit pour interpréter les lois selon les préceptes que l'on peut en déduire ».



validité de la loi, jusqu'à preuve du contraire, sous-tend l'idée que « la déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple ne peut être qu'une *extrema ratio*, ne pouvant être envisagée que lorsqu'il n'est pas possible de «sauvegarder la loi» au moyen d'interprétations ou «manipulations» [...] »<sup>52</sup>. L'idée, à la base de ce raisonnement, est simple, qui consiste à considérer que lorsque la lecture de la loi offre deux sens possibles, il convient de présumer que l'intention du législateur correspond au sens qui est en harmonie avec les dispositions constitutionnelles et non au sens contraire.

Enfin, il y a ceux qui, considérant que l'interprétation conforme est une composante de l'interprétation systématique<sup>53</sup>, fondent cette hypothèse sur le principe de cohérence de l'ordonnement<sup>54</sup>. Cette position de principe n'exclut cependant pas certaines nuances, portant principalement sur la manière d'envisager le rapport entre interprétation et respect de la hiérarchie formelle, la question étant de savoir si la logique hiérarchique est présente au moment de la « soudure » que réalise l'interprétation conforme entre légalité légale et légalité constitutionnelle<sup>55</sup>.

À ce stade, toutefois, les explications avancées ne permettent pas de justifier que la Cour constitutionnelle ait rendu obligatoire, pour le juge *a quo*, la recherche d'une interprétation de la loi conforme à la Constitution. Le « saut qualitatif » entre la faculté et l'obligation devait donc trouver une raison plus convaincante que, finalement, la Cour constitutionnelle a décidé de fournir dans l'arrêt n° 113 du 13 avril 2000. À cette occasion, elle affirme solennellement que « doit être retenu comme un canon herméneutique prééminent le principe de la suprématie constitutionnelle [...] qui impose [...] à l'interprète d'opter, parmi plusieurs solutions abstraitement possibles, pour celle qui rend la disposition conforme à la Constitution »<sup>56</sup>. La Cour indique donc que l'interprétation conforme à la Constitution trouve son origine dans le principe de suprématie constitutionnelle et que ce canon herméneutique prééminent concerne tout interprète, en premier lieu les juges ordinaires. Tout bien considéré, cette prise de position rejoint celle exprimée par G. Zagrebelsky selon lequel « si les normes de la Constitution forment un système avec les normes législatives avec une valeur de condition [...], il n'y a alors aucune raison d'exclure que le juge ordinaire, avant de soulever la question, soumette la loi à son interprétation selon le critère systématique », en sorte que si peut

52 *Ibid.* p. 15. En ce sens, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologne, Il Mulino, 2009, p. 257 et s., pour lequel « la “faillite de l'interprétation” se constate lorsqu'il n'est pas possible de trouver dans l'ordonnement, tel qu'il existe, une norme propre à répondre aux attentes constitutionnelles de régulation du cas concret ». Ainsi, « l'inconstitutionnalité est la faillite de l'interprétation et la déclaration d'inconstitutionnalité se fait en fonction du succès de l'interprétation. La juridiction constitutionnelle sur les lois apparaît dès lors, dans sa lumière essentiellement interprétative, comme fonction de secours à l'interprétation lorsqu'elle est accrochée dans des normes inadéquates desquelles il faut la libérer ».

53 L'interprétation systématique permet d'attribuer à une disposition un sens à la lumière de sa place dans le système des normes. Certains auteurs considèrent que l'interprétation systématique n'est pas nécessairement en contradiction avec l'interprétation littérale. Ainsi, E. DICIORI pour qui « dans un document, la signification littérale de chaque énoncé dépend de celle des autres énoncés qui le précèdent et le suivent. Dès lors, on peut affirmer que ce principe légitime également certaines opérations que l'on inclut d'ordinaire dans la méthode systématique de l'interprétation », in *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turin, Giappichelli, 1999, p. 303. En d'autres termes, l'interprétation littérale et l'interprétation systématique se caractérisent par différentes particularités (non opposées) du même processus de signification : « par la locution “interprétation littérale”, on insiste sur la condition (méthodologique) de la textualité [...] du processus de signification, mais aussi sur l'importance primaire (et préjudicielle) de cette dernière sur un énoncé normatif spécifique ; par l'expression “interprétation systématique”, à l'inverse, on souligne la condition (méthodologique) d'une considération adéquate du contexte (relatif au document et à l'ordonnement), au sein des mesures respectives et du même processus » (A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Turin, Giappichelli, 2011, p. 246).

54 R. BIN, « L'applicazione diretta della Costituzione [...] », *op. cit.*, p. 4 et s. ; O. CHESSA, « Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice ? », in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (dir.), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, *op. cit.* p. 266 et s.

55 Sur ce point, O. CHESSA, « Drittwirkung e interpretazione : brevi osservazioni su un caso emblematico », in *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, (dir.) E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. Rossi, Turin, Giappichelli, 2002, p. 425.

56 Cour const., *sent.*, n° 113 du 13 avril 2000, *Giur. cost.*, 2000, p. 2000 (cons. en droit n° 3).

être envisagée « une interprétation conforme de la loi de la part du juge *a quo*, il ne s'agira pas alors d'une vraie question de constitutionnalité, mais plutôt d'une question d'interprétation faisant partie des pouvoirs normaux (et devoirs) de l'autorité judiciaire »<sup>57</sup>.

Ainsi entendue, la force prescriptive de la contrainte de l'interprétation conforme est liée à l'idée selon laquelle la source supérieure – le texte constitutionnel, acte normatif à part entière – *doit* prévaloir sur la source inférieure, laquelle *doit* être interprétée en conformité avec la première afin d'éviter l'antinomie entre elles. Partant, l'interprète – le juge ordinaire en l'occurrence – n'est plus libre de choisir, il *doit* appliquer le critère de l'interprétation conforme<sup>58</sup>. La conséquence évidente est que « l'interprétation conforme à la Constitution, parce qu'elle découle de la supériorité de la Constitution, se présente [...] comme un outil efficace qui permet d'assurer l'unité du droit à partir et autour de la Constitution [...]. La Constitution n'apparaît pas seulement comme une limite à la loi, mais également comme une norme véhiculant des valeurs irradiant l'ensemble du système normatif. Dès lors, la technique de l'interprétation conforme à la Constitution apparaît comme le meilleur outil de diffusion de la Constitution dans toutes les branches du droit »<sup>59</sup>.

Mais ce n'est pas tout, dans la mesure où l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, parce qu'elle est aujourd'hui une obligation pour les juges ordinaires, engendre sans contredit une « responsabilisation interprétative »<sup>60</sup> accrue de ceux-ci, investis qu'ils sont du rôle impérieux d'interprètes constitutionnellement obligés. On comprend ainsi que les traits du contrôle incident de constitutionnalité des lois aient été substantiellement redessinés par le choix opéré par la Cour, ce qui, à l'évidence, emporte une nouvelle configuration des rapports entre les juges et la Cour constitutionnelle. La question se pose cependant des risques toujours possibles d'abus dans la lecture que font les juges ordinaires des textes législatifs, partant des moyens dont dispose la Cour constitutionnelle pour assurer la régulation des interprétations conformes.

## B. La régulation des interprétations conformes par la Cour constitutionnelle

On ne s'étonnera pas du fait que, par ses importantes implications, le choix de la Cour constitutionnelle ait fait l'objet de nombreuses interprétations, interprétations dont la substance doit être évoquée à grands traits.

57 G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 293.

58 En ce sens, R. BIN, « L'applicazione diretta della Costituzione », *op. cit.*, spéc. p. 5. L'auteur constate donc que « le résultat est que la "norme du cas" que le juge applique dans sa décision pourra avoir une origine complexe, c'est-à-dire être formée de "sens" déduits tant de la loi ordinaire que de la Constitution [...] ». Ce n'est que lorsque la « soudure » entre les deux sources n'est pas possible [...] que « l'intervention "demolitorio" de la Cour constitutionnelle est indispensable ». Considérant qu'il n'est pas envisageable de distinguer entre droit constitutionnel par principes et droit législatif par règles aux fins d'identification de la norme propre à régir le cas concret, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* [...], *op. cit.*, p. 147 et s. *Contra*, G. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè 2004, spéc. p. 295, qui estime qu'entre l'interprétation de la loi et l'interprétation de la Constitution, il existe un rapport de spécialité.

59 Th. DI MANNO, « L'impossibilité... », *op. cit.*, p. 132-133.

60 Selon la formule de V. MARCENÒ, « Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo» [...], *op. cit.*, p. 795. Cette idée de responsabilisation des juges ordinaires avait déjà été exprimée par M. LUCIANI in *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984, p. 271-272 qui se référait à la production du droit vivant, à la contribution à l'interprétation conforme des lois à la Constitution et à la fixation plus précise que par le passé du *thema decidendum* du jugement incident.



Selon E. Lamarque, l'irrecevabilité des questions posées sans « effort interprétatif suffisant » de la part du juge *a quo* « traduit la conception selon laquelle l'interprétation conforme à la Constitution est le *monopole esclusif* des juges et, de manière spéculative, emporte négation du fait qu'une telle activité puisse relever de la compétence de la Cour »<sup>61</sup>. Ne pouvant se résoudre à cette situation, l'auteur juge qu'il serait préférable que la Cour ait recours à une décision d'*infondatezza* dans la mesure où celle-ci, à la différence de la décision d'irrecevabilité, suppose que « ce devoir d'interprétation conforme incombe aussi à la Cour de manière subsidiaire étant entendu qu'il doit certes se concilier avec celui des juges »<sup>62</sup>. D'autres auteurs ont pu considérer qu'avec l'obligation en cause, la Cour a « introduit dans notre système un type de contrôle diffus de constitutionnalité, qui ne redevient concentré que lorsqu'il est impossible de manipuler les textes du législateur et qu'il ne reste dès lors qu'à les démolir »<sup>63</sup>. Certains enfin, adoptant une lecture moins radicale, considèrent qu'il n'existe pas une différence dogmatique fondamentale entre une décision d'irrecevabilité pour effort interprétatif insuffisant et une décision interprétative d'*infondatezza*. Certes, ces derniers reconnaissent que l'on assiste à une « atténuation du monopole du contrôle (concentré) de constitutionnalité des lois attribué à la (seule) Cour constitutionnelle, atténuation fondée [...] sur la conciliation entre deux principes constitutionnels fondamentaux, celui de *supériorité globale* de la Constitution sur l'entier univers normatif [...] et celui du « monopole » du contrôle des lois attribué à la Cour ». Mais ils nient avec force que l'on puisse se trouver face à un contrôle diffus, en considérant qu'il s'agit plus probablement d'un « contrôle de type collaboratif »<sup>64</sup>.

En réalité, et quelle que soit la pertinence de ces opinions, les termes du débat peuvent être résumés de la manière suivante : la Cour constitutionnelle conserve sans contredit le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois, mais, du fait de son choix, elle ne détient pas (ou plus) celui de l'interprétation conforme à la Constitution. Partant, l'obligation imposée au juge ordinaire d'interpréter les lois conformément à la Constitution a pour effet (constaté) de « décentraliser » le contrôle de constitutionnalité et de faire de ce juge un concurrent sérieux de la Cour constitutionnelle. La question (redoutable) qui n'a pas manqué d'être posée<sup>65</sup> est alors de savoir si l'on peut faire le départ, dans l'activité des juges *a quibus*, entre une interprétation conforme « raisonnable » et une interprétation conforme qui ne le serait pas, parce que, dépassant certaines limites, elle confinerait à un contrôle diffus qui, au surplus, irait « au-delà du possible », c'est-à-dire au-delà de la lettre du texte<sup>66</sup> :

61 E. LAMARQUE, « Una sentenza «interpretativa di inammissibilità» », *op. cit.*, p. 3118 (les italiques sont dans le texte).

62 *Ibid.*

63 G.-U. RESCIGNO, « Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizione di legge per renderle conformi a tali principi », *Giur. cost.*, 2009, p. 2413.

64 F. MODUGNO, « Inammissibilità della *quaestio legitimatis* per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali », *Giur. cost.*, 2009, p. 2405 et s. (les italiques sont dans le texte). L'auteur considère d'ailleurs, en substance, que la décision d'irrecevabilité est plus pertinente et plus significative que la décision interprétative de rejet dans la mesure où, alors que cette dernière identifie l'interprétation qui permet de ne pas considérer la norme inconstitutionnelle, la première, en déclarant la question irrecevable, traduit l'idée selon laquelle la Cour n'a pas été correctement interpellée.

65 M. LUCIANI, estimant incompatible l'activité d'interprétation conforme avec le caractère concentré de la justice constitutionnelle italienne, observait que « l'extrême rigueur de la jurisprudence sur la (manifeste !) irrecevabilité des questions soulevées sans qu'il ait été procédé à une interprétation conforme à la Constitution a implicitement poussé les juges ordinaires à faire un usage assez incisif (pour ne pas dire excessif) de ce paradigme, ce qui a provoqué la crise du caractère incident du contrôle et coloré de forts éléments diffus notre système de contrôle concentré », in « Le funzione sistemiche [...] », *op. cit.*, p.9.

66 Pour l'identification de certains cas d'excès dans l'interprétation conforme, M. RUOTOLO, « Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme ? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo », *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2012. G. Pistorio, notamment, considère que la lettre de la loi fait

dans ce cas, il y aurait manipulation du droit pour le rendre conforme à la Constitution ou, pour le dire comme R. Bin, l'interprétation littérale serait supplantée par « l'interprétation artificielle »<sup>67</sup>. Or, la détermination de cette frontière (poreuse) ne peut, dans un système concentré de constitutionnalité des lois, revenir qu'à la Cour constitutionnelle elle-même, organe de « clôture » du système. C'est elle en effet qui, en théorie, doit pousser le curseur jusqu'au point au-delà duquel l'interprétation conforme retenue par le juge ordinaire ne serait pas admissible. Ainsi, « [...] la Cour constitutionnelle doit [...] toujours pouvoir intervenir pour redresser des interprétations constitutionnellement conformes qui manifesteraient l'usurpation par les juges ordinaires du contrôle de constitutionnalité des lois »<sup>68</sup>.

Le problème est néanmoins de savoir si, en l'absence de recours direct ouvert aux particuliers<sup>69</sup>, la Cour constitutionnelle a les moyens de « contrer » l'usage abusif, par les juges ordinaires, de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution<sup>70</sup>. Certes, la question reste sans doute assez théorique lorsque c'est un juge « inférieur » qui abuse du « pouvoir » d'interprétation : dans ce cas, en effet, on imagine aisément que les juridictions supérieures – notamment la Cour de cassation – ne manqueraient pas de redresser cet abus. Mais la question devient très sensible si c'est la Cour de cassation elle-même, organe qui détient la fonction *nomofilattica*<sup>71</sup> (ou *nomofilachia*), qui abuse du pouvoir d'interprétation conforme. Dans ce cas, si l'on met de côté l'hypothèse d'un juge du fond audacieux qui défierait la juridiction suprême<sup>72</sup>, seule la procédure – d'application incertaine en

---

fonction de limite explicite à l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, in *Interpretazioni e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea*, Naples, Editoriale scientifica, 2012, p. 55 et s. En ce sens, Th. DI MANNO qui, pour répondre à cette question, considère que « la technique de l'interprétation conforme doit nécessairement être cantonnée dans des limites qui tiennent à la « texture » de la disposition législative en cause ». Selon lui, « la technique de l'interprétation conforme ne peut servir à dégager de la loi que ce qui s'y trouve, même à l'état latent, et non pas ce qu'il serait souhaitable d'y trouver, pour répondre aux exigences constitutionnelles. En d'autres termes, la technique de l'interprétation conforme ne saurait permettre, sous couvert de favoriser le respect du principe de suprématie constitutionnelle, de réécrire la loi » (les italiques sont dans le texte). Il observe qu'en France, c'est « un autre critère qui a été mis en avant pour fixer la frontière entre l'interprétation constitutionnellement conforme *permise* et l'interprétation constitutionnellement conforme *interdite* aux juridictions ordinaires suprêmes dans le filtrage des QPC. Ce critère serait celui du caractère inédit ou non de l'interprétation conforme dégagée par le juge ordinaire. En d'autres termes, le juge ordinaire pourrait pratiquer l'interprétation conforme de la loi et, donc s'abstenir de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel, tant qu'il s'appuierait sur sa jurisprudence déjà éprouvée relativement à cette loi ou tant qu'il s'inspirerait fidèlement d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel », in « L'impossibilité... », *op. cit.* p. 145.

67 R. BIN, « L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei », [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it), p. 2.

68 Th. DI MANNO, « L'impossibilité... », *op. cit.*, p. 146. L'auteur remarquant que c'est ainsi que le système allemand de la question préjudicielle de constitutionnalité a été conçu. « En effet, si le juge ordinaire allemand doit être convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi pour déclencher le mécanisme de la question préjudicielle de constitutionnalité, il peut être conduit, d'une manière abusive, à ne pas saisir la Cour constitutionnelle fédérale, alors même que la loi en cause pose un sérieux problème de constitutionnalité. Une telle situation peut alors être aisément compensée par une garantie procédurale qui existe dans le système allemand de justice constitutionnelle, le recours constitutionnel direct (le *Bundesverfassungsbeschwerde*), qui permet alors à la Cour constitutionnelle de contrôler, le cas échéant, la décision par laquelle le juge ordinaire a manifesté un usage abusif de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution ». Ainsi, « le recours direct en protection des droits fondamentaux qui est ouvert contre les décisions de justice en Allemagne permet [...] de contrebalancer le poids qui est donné aux juges ordinaires dans le déclenchement de la question préjudicielle de constitutionnalité ».

69 Pour des précisions sur cette question et, de manière générale, sur les défaillances du système des voies de recours contre le refus de soulever une question de constitutionnalité, voir P. PASSAGLIA, « Modèle concentré et ancrage de la Constitution [...] », *op. cit.*, cet ouvrage.

70 On sait que le Conseil constitutionnel français est totalement démuné de ce point de vue puisque, à ce jour et malgré certaines propositions en ce sens, les décisions de non-renvoi des QPC ne sont susceptibles d'aucun recours.

71 Selon l'article 65 alinéa 1 du décret royal n° 12 du 30 janvier 1941 sur l'organisation judiciaire (GU n° 28 du 4 février 1941), « la Cour suprême de cassation, en tant qu'organe suprême de la justice, garantit le respect et l'interprétation uniforme de la loi, l'unité du droit objectif national [...] ». L'adjectif *nomofilattico* dérive du grec νόμος, qui signifie « norme », lié au verbe φυλάσσω, qui indique l'action de la « protéger avec le regard ».

72 L'hypothèse renvoie à la saisine, par ce juge audacieux, de la Cour constitutionnelle à laquelle il poserait la question de constitutionnalité d'une loi qui aurait fait l'objet d'une interprétation conforme de la part de la Cour de cassation, qu'il estimerait abusive. Il faut préciser, à cet égard, que la Cour constitutionnelle indique régulièrement, dans ses décisions, que, sauf hypothèse de renvoi, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'impose pas aux juges du fond.



l'espèce – des conflits entre les pouvoirs de l'État pourrait être utilisée<sup>73</sup>, mais avec le risque de créer des tensions importantes entre les deux Cours et de réactiver une « guerre » entre elles.

Une chose est sûre et tient au fait que la Cour constitutionnelle a conscience du risque de « débordement » qui menace son rôle institutionnel. D'une manière certes sporadique, en effet, elle semble vouloir mettre un frein aux possibles ardeurs des juges ordinaires en indiquant que « la teneur univoque de la norme marque la limite en présence de laquelle l'effort interprétatif doit céder le pas au contrôle de constitutionnalité »<sup>74</sup> ou, dans la même veine, que « l'obligation de l'interprétation conforme pèse sur le juge dans les limites dans lesquelles elle est permise par les textes des normes »<sup>75</sup>. De manière encore plus imagée – ce qui est peut-être le signe d'une rigueur croissante de sa part – elle n'hésite pas à traquer les interprétations « excentriques et bizarres »<sup>76</sup>.

Finalement, c'est la parole du juge constitutionnel lui-même qui peut et doit permettre à l'observateur de forger sa propre opinion sur cette situation. Lors de l'important séminaire d'études organisé à la Cour constitutionnelle en 2009<sup>77</sup>, Sabino Cassese évoquait trois pistes de réflexions pouvant justifier l'obligation de l'interprétation conforme<sup>78</sup> : soit, disait-il, il pourrait s'agir d'une atténuation, « dans la culture européenne, du positivisme juridique », l'interprétation des juges entrant ainsi en concurrence avec la logique mécanique du normativisme ; soit, serait en cours une évolution « naturelle » des tribunaux constitutionnels – des Cours kelséniennes aux Cours marshalliennes – évolution qui renverrait au besoin d'introduire dans les systèmes concentrés de contrôle de constitutionnalité un certain degré de décentralisation » ; soit, plus prosaïquement, s'exprimerait ainsi la volonté d'alléger la charge de travail de la Cour, « les juges constitutionnels [étant] surchargés de travail et [cherchant] à se libérer d'une partie de celui-ci en direction des autres juges (fonction *deflattiva*) ». Gaetano Silvestri, quant à lui, se fondant sur l'idée majeure de légalité constitutionnelle, défendait la thèse selon laquelle, la Constitution devenant immanente au système, l'interprétation conforme est rendue nécessaire par une lecture différente de la Constitution qui « imprègne le système selon une logique moléculaire, entre dans toutes les mailles de celui-ci et donc le caractérise, le conforme, permet et impose cette interprétation qui tient compte de cette Constitution [...] »<sup>79</sup>.

73 Deux situations potentielles ont été proposées par la doctrine. Soit, le pouvoir législatif peut, dans ce cas, élever un conflit d'attribution contre la Cour de cassation relativement à la décision juridictionnelle en cause. Cette proposition, toutefois, semble vouée à l'insuccès car si la Cour constitutionnelle admet, dans ce cadre, qu'un acte juridictionnel puisse être l'objet d'un conflit, elle pose une limite en ce qu'elle exclut que l'on puisse lui demander de censurer une *error in iudicando* (erreur dans l'exercice de la fonction juridictionnelle) dans la mesure où cela reviendrait à instituer un nouveau degré de juridiction (voir, en ce sens, l'ordonnance n° 334 du 8 octobre 2008 rendue sur le cas Englaro avec note de R. ROMBOLI, « Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità », *Foro it.*, 2009, I, p. 49 et s.). Soit, c'est la Cour constitutionnelle elle-même qui soulève, devant elle, un tel conflit contre la Cour de cassation, arguant que celle-ci, en abusant de son pouvoir, se comporte comme un juge constitutionnel. Là encore, mais pour d'autres raisons – tenant à la logique institutionnelle – cette proposition est manifestement d'application délicate.

74 Cour const., *sent.*, n° 26 du 25 janvier 2010, *Giur. cost.*, 2010, p. 337 et s. (cons. en droit n° 2).

75 Cour const., *sent.* n° 150 du 26 mai 2015, *Giur. cost.*, 2015, p. 1284 et s. (cons. en droit n° 2.1).

76 Formule que la Cour constitutionnelle emploie dans l'arrêt n° 36 du 13 janvier 2016, *Giur. cost.*, 2016, p. 209 et s. (cons. en droit n° 4).

77 « Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate », Séminaire du 6 novembre 2009, *op. cit.*

78 *Ibid.*, p. 321.

79 *Ibid.*, p. 324. En ce sens, M. LUCIANI qui observe qu'« à travers le canon de l'interprétation constitutionnellement orientée, on permet à la Constitution de pénétrer en profondeur dans l'ordonnement qui, par là, est imprégné de valeurs constitutionnelles, lesquelles, ainsi, ne restent pas reléguées *in apicibus* [au sommet] mais entrent entièrement dans le bagage culturel des opérateurs juridiques », in « Le funzioni... », *op. cit.*, p. 6.

On ne saurait conclure ce propos sans exprimer, de manière synthétique, deux idées, l'une plutôt optimiste, l'autre nuancant quelque peu cet élan positif, idées qui, réflexion faite, débouchent sur un paradoxe. En premier lieu, on a largement vérifié que la Cour constitutionnelle italienne n'était plus, par sa volonté même, « dépositaire de la vérité constitutionnelle »<sup>80</sup>, ayant « délaissé », pour les raisons et selon les modalités rappelées, le monopole de l'interprétation de la Constitution en la déléguant aux juges ordinaires. Sans doute, au-delà des interrogations et des inquiétudes évoquées, doit-on voir dans ce renoncement le signe d'une maturité qui, aujourd'hui, imprègne les rapports entre les juges constitutionnels et les juges ordinaires et d'une confiance des premiers envers les seconds (et réciproquement). Que des « ajustements » puissent, à l'occasion, être nécessaires afin d'assurer la régulation des interprétations conformes à la Constitution ne doit pas masquer le fait qu'il s'agit là, en théorie, d'un progrès culturel qui permet, dans l'équilibre et la collaboration qu'il suppose, une meilleure diffusion des valeurs constitutionnelles. Corrélativement, l'intrication légalité légale/légalité constitutionnelle qu'une telle évolution favorise ne fait que fragiliser encore davantage ce qu'un auteur a pu qualifier, de manière imagée, de « séparation acoustique »<sup>81</sup> entre juridiction ordinaire et juridiction constitutionnelle dont on sait qu'à l'évidence elle ne révèle qu'une césure artificielle et beaucoup de perméabilité. Malgré tout, en second lieu, la question peut se poser de savoir si le corps judiciaire (*i.e.* les juges ordinaires), à travers l'interprétation conforme, n'est pas amené, parfois, à « relégitimer » la loi en « forçant » le constat de sa constitutionnalité. Cette interrogation va au-delà de l'hypothèse déjà évoquée d'interprétations conformes qui se détacheraient par trop du texte législatif. Elle pourrait aussi – peu d'auteurs le relèvent – concerner des interprétations qui instrumentaliserait la Constitution en lisant dans ses dispositions ce qui n'y figure guère ou pas nécessairement<sup>82</sup> ou en dilatant à l'excès les principes constitutionnels pour satisfaire aux exigences du cas concret<sup>83</sup>. Le « prétexte de constitutionnalité » pourrait alors servir d'alibi, fût-il inconscient, aux interprétations conformes peu fondées et, par là, de verrou obstruant l'accès au juge constitutionnel. Si iconoclaste qu'une telle réflexion puisse paraître, on ne peut cependant, trop rapidement, exclure le risque au moins marginal que la spécificité de l'interprétation constitutionnelle s'accorde mal avec l'office du juge ordinaire chargé, avant tout, d'apporter une solution « raisonnable » à un litige concret<sup>84</sup>. La possibilité, pour les parties, de saisir la Cour constitutionnelle d'un recours contre les interprétations conformes des juges ordinaires serait alors sans doute nécessaire pour éviter toute

80 Selon l'expression utilisée par M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 99.

81 F. MICHELMAN, « The interplay of constitutional and ordinary jurisdictions », in T. GINSBURG et R. DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar Publishing, 2011, p. 279-282. M. Carpentier explique que « deux juridictions sont acoustiquement séparées dès lors qu'elles appliquent des ensembles de règles rigoureusement distincts », précisant, à l'évidence, que « les cas de séparation acoustique parfaite ne se réalisent jamais », in « Pour de nouveaux « modèles » de justice constitutionnelle », *RIDC*, 1-2016, p. 32.

82 Nous reprenons, en la modifiant quelque peu, la formule de M. LUCIANI qui écrivait que « l'interprétation conforme ne peut aller jusqu'au point de lire dans la disposition ce qui n'y figure pas, alors même que la Constitution souhaiterait cette lecture », in « Le funzioni... », *op. cit.*, p. 7.

83 Sur ce point, G. SORRENTI, « La Costituzione « sottintesa » ... », *op. cit.*, p. 45 et s., qui cite plusieurs exemples de décisions qui traduisent ces excès.

84 Sur cette question délicate renvoyant à une supposée division fonctionnelle du travail entre les juges ordinaires et la Cour constitutionnelle, R. ROMBOLI, « Qualcosa di nuovo... », *op. cit.*, p. 13. L'auteur précise que les premiers se situent sur le plan de l'application de la loi et sont donc sensibles au cas concret, alors que la seconde est placée sur le plan plus général de la constitutionnalité de la loi. Une telle division du travail tend sans doute, au moins en partie, à influencer sur les canons interprétatifs utilisés par les uns et par l'autre. Dans le même sens, à propos du système allemand, P. HÄBERLE, *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milan, Giuffrè, 2000, p. 63.



distorsion dans la concrétisation maladroite, désinvolté ou audacieuse des principes constitutionnels. Finalement, le paradoxe tient au fait que le contrôle pointilleux opéré par la Cour constitutionnelle sur l'obligation, pour le juge, d'interpréter la loi conformément à la Constitution ne se double d'aucun contrôle susceptible d'écarter les interprétations éventuellement peu conformes à la Constitution. On peut sans doute le regretter.

