

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	124 (2005)
<b>Artikel:</b>	La coordination de la protection des droits fondamentaux en Europe : rapport italien
<b>Autor:</b>	Romboli, Roberto / Passaglia, Paolo
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-895765">https://doi.org/10.5169/seals-895765</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 25.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# La coordination de la protection des droits fondamentaux en Europe – Rapport italien

ROBERTO ROMBOLI\* et PAOLO PASSAGLIA\*\*

## I. La protection des droits fondamentaux dans le système italien

La Constitution italienne ne parle pas explicitement de «droits fondamentaux» et ne contient aucun catalogue de droits dotés d'une protection différenciée par rapport aux autres. Le caractère rigide de la Constitution implique que tous les droits qu'ils y sont, expressément ou implicitement, affirmés sont protégés vis-à-vis de toute intervention restrictive provenant même du législateur ordinaire.

Concrètement, l'atteinte à un droit constitutionnellement protégé du citoyen peut se produire par un acte d'un privé réalisé *contra legem* ou bien à la suite d'une activité *contra legem* d'un sujet public, notamment par l'émanation d'un acte ou d'une mesure administrative ainsi que par l'arrêt d'un juge rendu au cours de son activité juridictionnelle, ou bien, enfin, en conséquence d'une loi *contra Constitutionem*.

Dans les trois premiers cas (l'acte du privé, l'acte administratif, l'acte judiciaire) le remède prévu par l'ordre juridique est celui du recours devant l'autorité judiciaire, ordinaire ou spéciale (par exemple, administrative), sur la base des critères et des conditions fixés par les lois de procédure. Par contre, lorsque l'atteinte dérive directement d'une loi contraire aux principes constitutionnels, le juge n'a pas la possibilité de juger sur l'existence du vice et d'y remédier (en protégeant ainsi le droit auquel l'on a porté atteinte), mais doit saisir la Cour constitutionnelle: celle-ci seulement, en accueillant la question de constitutionnalité soulevée par le juge, peut remédier à l'atteinte portée, par l'élimination – ayant effets généraux, ou *erga omnes* – de la loi inconstitutionnelle.

Il en résulte que la protection principale des droits constitutionnels est celle des juges communs, qui ont la compétence exclusive pour réparer aux

---

\* Professeur de *Droit constitutionnel* à l'Université de Pise.

\*\* Professeur de *Systèmes juridiques comparés* à l'Université de Pise.

violations perpétrées dans les trois premiers cas; dans le quatrième, le juge joue un rôle de premier plan en tant que collaborateur de la Cour constitutionnelle, dont il est le «portier», en ayant le pouvoir exclusif de soumettre au Juge constitutionnel une loi censée contraire à la Constitution, toute autre possibilité de recours étant exclue.

La révision constitutionnelle de 2001, relative aux rapports entre l'État et les Régions (et à la répartition des domaines législatifs), a peut-être créé les conditions pour un emploi du contrôle des lois en voie principale plus directement centré sur la protection des droits fondamentaux. Ceci, en particulier, sur la base de la disposition constitutionnelle qui a attribué à la législation exclusive de l'État «la détermination des niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur tout le territoire national» (art. 117, al. 2<sup>e</sup>, let. *m*), de la Constitution).

L'attribution aux Régions d'une plus grande autonomie dans la rédaction de leurs statuts a conduit les Régions à insérer, dans ceux-ci, la prévision d'organes de «garantie statutaire», visant à assurer la conformité des lois et des règlements régionaux aux principes affirmés par le statut.

Que cette prévision réalise en concret une protection supérieure des droits fondamentaux apparaît peu probable, pour le moment, surtout à la suite de deux affirmations récentes de la Cour constitutionnelle, qui ont une forte incidence négative sur les possibilités que la garantie en question se traduise dans une protection effective des droits.

Par la première affirmation, concernant spécifiquement les organes de garantie, la Cour a confirmé de façon implicite le principe d'unité de la juridiction constitutionnelle, en excluant ainsi la possibilité que ces organes puissent éliminer des lois régionales contraires au statut régional: l'on doit donc leur reconnaître uniquement un pouvoir consultatif, renforcé simplement par l'obligation qui s'impose au législateur régional de réexaminer une loi déclarée contraire au statut (arrêt n. 378 de 2004).

Par la seconde affirmation (arrêts nn. 372, 378 et 379 de 2004), la Cour a pris une position explicite et claire à l'égard de la portée qui doit être attribuée aux dispositions portant des principes qui constituent la partie «éventuelle» et «non-nécessaire» des statuts. Le juge constitutionnel, en adoptant une décision qui a soulevé de nombreuses critiques en doctrine, a considéré ces principes comme non constitutionnels en soi, en tant qu'expression du rôle qui est propre des Régions de représenter les collectivités régionales et l'ensemble de leurs intérêts et de leurs expectatives.

En même temps, la Cour a toutefois affirmé que les dispositions en question, bien qu'insérées dans un acte normatif, n'ont aucun effet sur le plan juridique, du moment qu'elles manifestent rien plus que des convictions de nature politique présentes au sein de la communauté régionale au moment de l'adoption du statut.

Le juge constitutionnel a aussi exclu que ces dispositions de principe soient comparables aux normes programmatiques présentes dans la Constitution, du fait que les statuts régionaux ne sont pas des chartes constitutionnelles: ils ne sont que des sources régionales ayant «une compétence réservée et spécialisée», c'est-à-dire des statuts d'autonomie qui, bien que constitutionnellement protégés, doivent tout de même être en harmonie avec les dispositions et les principes que l'on peut tirer de la Constitution.

La Cour constitutionnelle a donc conclu que les dispositions des statuts portant des principes généraux ou des objectifs généraux ont «une fonction, pour ainsi dire, culturelle ou même politique, mais certes non pas normative».

Le contrôle des lois, et le contrôle sur renvoi des juridictions en particulier, manifeste, dès son origine, l'ambiguïté dérivant du fait qu'il semble viser deux objectifs: celui d'éliminer les lois inconstitutionnelles (en rendant ainsi l'ordre juridique conforme aux principes constitutionnels) et celui de protéger les droits fondamentaux du citoyen garantis par la Constitution.

En se fondant uniquement sur les textes normatifs (et notamment sur le texte constitutionnel), l'on pourrait souligner l'existence de certains éléments (le caractère concentré du système de justice constitutionnelle, les effets *erga omnes* des arrêts qui déclarent l'inconstitutionnalité, le manque d'incidence sur le procès constitutionnel des événements concernant les rapports juridiques qui font l'objet du procès *a quo*, etc.) qui suggèrent que le rôle joué par la Cour est principalement celui de l'élimination des lois inconstitutionnelles, et par conséquent que la protection des droits fondamentaux est assurée de façon indirecte comme le résultat de la poursuite de l'objectif principal.

Après presque cinquante ans d'activité de la Cour, une appréciation relative à la réalisation du contrôle des lois sur renvoi des juridictions et à la nature du système «vivant» de justice constitutionnelle montre clairement que la Cour a joué essentiellement le rôle d'un juge des droits – en coopération avec le juge commun – plutôt que celui d'un juge des normes (CHELI); l'on doit reconnaître aussi que la portée effective des différents droits fondamentaux – notamment en ce qui concerne la définition de leurs limites – est pour l'essentiel le résultat de la jurisprudence constitutionnelle (ONIDA).

L'importance du cas concret, qui est à l'origine de la question de constitutionnalité, s'est accrue au cours des années et a influencé considérablement le scrutin de la Cour constitutionnelle; ceci même en conséquence de l'affirmation, de la part de la Cour, de la possibilité pour les juges communs de résoudre directement, par leur interprétation, les doutes de constitutionnalité et, dans certains cas, d'appliquer directement la Constitution.

La Cour constitutionnelle a en effet répété plusieurs fois que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi découle non pas de la possibilité de donner des interprétations inconstitutionnelles, mais de l'impossibilité de donner des in-

terprétations conformes à la Constitution. Il en résulte que, dans le choix entre les différentes interprétations, le juge doit adopter celle qui est conforme à la Constitution, et doit éviter de soulever une exception de constitutionnalité lorsque celle-ci peut être résolue à travers une interprétation corrective (adéquate). C'est ainsi qu'il arrive souvent qu'une question de constitutionnalité soit déclarée manifestement inadmissible parce que le juge n'a pas démontré, dans son ordonnance de renvoi, d'avoir expérimenté (et exclu) la possibilité de résoudre le doute de constitutionnalité par une interprétation corrective des dispositions dénoncées.

Dans certains cas, à cause d'une situation de retard ou d'inertie persistante du législateur, les juges communs (tout comme la Cour constitutionnelle, évidemment) ont été les destinataires d'une série de demandes sociales et ont donc cherché, par l'application directe des principes constitutionnels, de réparer aux omissions législatives en assurant une protection aux demandes sociales nouvelles qui ne trouvaient pas satisfaction dans la législation. Nombreux, et relatifs à des domaines divers, ont été les cas d'application directe de la Constitution de la part des juges communs, à l'égard des droits de la personne (art. 2 de la Constitution et les ainsi dits «droits nouveaux»), du droit au travail et à la rétribution adéquate (art. 4 et 36), des droits de la travailleuse (art. 37), du droit à la sécurité sociale et à l'assurance obligatoire pour le travail (art. 38), du droit à la santé (art. 32), des garanties au cours du procès et du droit à la défense (art. 13, 24, 111 et 113).

Dans d'autres cas, l'application directe de la Constitution de la part du juge commun a été rendue possible par des interventions de la Cour constitutionnelle, qui ont éliminé des obstacles qui l'auraient empêché ou qui ont assoupli le caractère rigide de la règle et ont sollicité le pouvoir d'appréciation du juge au cas par cas sur la base des principes constitutionnels par la Cour même indiqués. Ceci s'est produit lorsque la Cour a rendu des arrêts dits «additifs de principe», par lesquels la Cour déclare l'inconstitutionnalité (mais, parfois, le manque de fondement ou même l'inadmissibilité d'une question), et fixe en même temps un principe général auquel le juge peut faire référence afin de résoudre le cas concret.

Souvent, dans ces situations, la Cour constitutionnelle, en défaut d'une discipline normative que le juge puisse appliquer au cas concret, invite celui-ci à trouver une solution en appliquant directement des principes constitutionnels qu'elle lui indique. Ce faisant, la Cour, par la collaboration du juge commun, produit une plus grande «concrétisation» de la question de constitutionnalité, notamment lorsque les cas concrets présentent des éléments de forte spécificité; la Cour, donc, arrive au résultat poursuivi à l'égard du cas spécifique qui a donné lieu à la question de constitutionnalité. Le résultat peut être parfois poursuivi plus facilement par l'activité interprétative du juge (sollicitée par la Cour), qui limite les effets au cas résolu, plutôt que par une dé-

claration d'inconstitutionnalité de la disposition dénoncée ayant nécessairement les effets généraux d'une annulation.

Sur la base de ce que l'on vient de dire, le rôle de la Cour constitutionnelle paraît être celui d'un sujet qui établit les principes généraux – et par cela décide la «politique» des droits fondamentaux et leurs limites – et qui laisse aux juges communs l'application en concret de ces principes.

L'attitude de la Cour constitutionnelle visant à valoriser le rôle du juge – vers une progressive extension de sa fonction de «juge des droits» au détriment de celle de «juge de la légalité» – peut ressembler quelque peu à celle de la Cour de Luxembourg: à l'instar de celle-ci, la Cour constitutionnelle donne l'interprétation correcte de la Constitution et de la loi (par rapport à la Constitution) ou bien elle établit les principes et laisse au juge la résolution du cas sur la base de l'interprétation ou des principes indiqués.

Dans certaines occasions, cette attitude a été maintenue même si cela a conduit à des interprétations peut-être trop créatives de la disposition dénoncée (des interprétations qui sont arrivées à faire envisager une sorte d'inapplication du texte normatif). Récemment, l'on a pu constater, à ce sujet, la réaction de la Cour de cassation (sections pénales unies, 31 mars 2004, Pezzella, *Foro it.*, 2004, II, 337), qui a estimé de ne pas pouvoir suivre l'interprétation indiquée par la Cour constitutionnelle en tant que manifestement contraire au texte de la disposition à interpréter.

### *1. Les limites (les étroitures du contrôle des lois sur renvoi des juridictions)*

Le système italien de protection des droits fondamentaux, en étant axé sur le contrôle des lois sur renvoi des juridictions, présente des problèmes, qui ont été définis, il y a quelques années, par GUSTAVO ZAGREBELSKY, les «étroitures» du contrôle des lois sur renvoi des juridictions, et, plus récemment, par d'autres, les «zones franches» du contrôle du Juge constitutionnel. Par ces définitions, l'on indique les cas et les circonstances dans lesquels, pour des raisons diverses, une certaine loi est difficile à soumettre au scrutin de la Cour, ce qui produit le risque d'une absence ou d'une insuffisance de protection pour le droit constitutionnellement garanti.

Les raisons de cette difficulté sont plusieurs. L'on peut indiquer quatre catégories, relatives à la nature et le contenu de l'acte législatif; à ses effets dans le temps; à l'absence d'un juge compétent à connaître de la question, en conséquence de valeurs constitutionnelles différentes qu'il l'empêche; aux conditions et aux limites prévus par la loi ou par la jurisprudence constitutionnelle afin de l'instauration du contentieux constitutionnel sur renvoi des juridictions.

Dans la première catégorie, l'on peut rappeler les lois dont le contenu est le même d'un acte administratif, et qui ont donc un nombre de destinataires très restreint; les lois dites d'action ou d'organisation, relatives à l'organisation des pouvoirs publics, qui n'ont pas, en principe, une incidence sur des rapports intersubjectifs; les lois qui prévoient des dépenses publiques.

À l'égard de la deuxième catégorie, l'on peut mentionner les lois temporaires, ainsi que les décrets-loi, pour lesquels les problèmes dérivent notamment du fait que les modalités d'instauration du contentieux constitutionnel et le temps nécessaire pour la décision dépassent largement les soixante jours pendant lesquels le décret-loi est en vigueur. Il en résulte que le contrôle de la Cour sur les décrets-loi est très difficile.

Parmi les cas de la troisième catégorie, l'on peut ranger ceux dans lesquels – en raison de l'existence de valeurs constitutionnelles censées prédominantes – l'intéressé n'a pas la possibilité de saisir un juge afin de protéger son droit; l'absence d'un recours judiciaire – évidemment – empêche toute intervention de la part de la Cour constitutionnelle. Les lois qui font partie de cette catégorie sont, par exemple, les lois électorales pour la Chambre des députés et pour le Sénat, à propos desquelles l'on doit constater l'absence de toute protection pour le candidat aux élections, du moment que l'art. 66 de la Constitution attribue aux Chambres le monopole du contrôle sur la régularité des élections et sur les conditions d'inéligibilité et d'incompatibilité. Les Chambres mêmes ont affirmé à plusieurs reprises que leur contrôle a une nature politique et non pas juridictionnelle.

Encore en ce qui concerne l'autonomie des Chambres, et notamment la protection de la fonction parlementaire, l'on peut mentionner un autre cas de protection limitée des droits, qui touche ceux qui sont diffamés par un parlementaire qu'il a exprimé, selon l'appréciation de la chambre à laquelle il appartient, une opinion relevant de l'exercice de ses fonctions, aux termes de l'art. 68, al. 1<sup>er</sup>, de la Constitution.

La situation est loin d'être satisfaisante afin de la protection des droits fondamentaux du diffamé: la doctrine l'a souligné en remarquant que celui-ci est toujours privé «dans la forme et dans le fond» d'une défense (PACE) et qu'il est une «victime destinée au sacrifice» (PIZZORUSSO).

La loi n. 140 de 2003 avait introduit une forme nouvelle d'immunité pour les présidents de la République, du Conseil des ministres, de la Chambre des députés, du Sénat et de la Cour constitutionnelle, qui ne pouvaient pas être soumis à une procédure criminelle, pour quelque délit que ce soit – même pour des faits antérieurs à l'accession à la présidence – jusqu'à la fin du mandat; la loi avait prévu aussi la suspension de toute procédure en cours. La Cour constitutionnelle a déclaré ces dispositions inconstitutionnelles (arrêt n. 24 de 2004). La loi n. 140 a aussi donné une interprétation «large» de la notion d'opinions exprimées par le parlementaire relevant de l'exercice de ses

fonctions. Par cette interprétation, le législateur italien n'a pas pris en considération la condamnation de l'Italie prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme quelques mois auparavant (arrêt 30 janvier 2003, *Cordova c. Italia*), condamnation qui – en grande partie – a eu comme objet la discipline italienne de l'immunité parlementaire et la protection des droits des tiers endommagés.

La quatrième catégorie d'étroitesses est celle qui dérive des fondements normatifs du contrôle sur renvoi des juridictions ou de leur interprétation de la part de la Cour constitutionnelle. Par exemple, la condition de la *rilevanza* (c'est-à-dire, l'influence de la question de constitutionnalité sur le procès *a quo*), telle qu'elle a été interprétée par la Cour, exclut la possibilité de contrôler les dispositions dont l'annulation serait forcément sans influence sur le procès commun; il en va de même pour les questions de constitutionnalité dans lesquelles le juge a dénoncé des situations purement de fait ou des simples difficultés dans l'application de la loi ou encore des situations pathologiques dérivées de certaines applications de la loi: ces genres de problèmes ne sont pas en mesure de faire l'objet d'une question de constitutionnalité; enfin, une disposition législative ne peut pas être soumise au scrutin de la Cour lorsque la question met en cause le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur (non contrôlable par la Cour), et donc doit être déclarée inadmissible.

## 2. *Quelques-unes des solutions possibles (l'introduction d'un recours direct)*

En ce qui concerne la possibilité d'éliminer ou, du moins, de réduire les effets négatifs pour la protection des droits fondamentaux dérivant des étroitesses mentionnées, l'on peut distinguer les solutions qui appellent un changement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (par exemple, accueillant une notion «fonctionnelle» de «juge» *a quo* ou une notion «substantielle» d'acte ayant force de loi, ou bien rendant plus incisifs les pouvoirs des parties du procès commun dans le procès constitutionnel) de celles qui appellent l'intervention du législateur (ordinaire ou constitutionnel). Dans le dernier cas, l'on peut distinguer les interventions législatives qui s'insèrent dans le système de justice constitutionnelle sans le bouleverser de celles qui conduiraient à une modification radicale du modèle.

Parmi les réformes qui ne bouleversent pas le système l'on pourrait penser à la substitution du pouvoir des Chambres de contrôler la légitimité de l'élection de leurs membres avec un véritable «contentieux électoral»: ainsi, les Chambres devraient pouvoir contrôler la légitimité de l'élection seulement en cas de contestation de la part de sujets déterminés; la Cour constitutionnelle

pourrait être dotée du pouvoir général d'émettre mesures conservatoires (cette dernière réforme n'aurait pas besoin, selon certains auteurs – notamment, CERRI – d'une intervention du législateur, du moment que le pouvoir d'émettre mesures conservatoires serait conçu comme un accessoire indéfendable du pouvoir juridictionnel). Déjà en 1966, ALBERTO PREDIERI (et, après lui, beaucoup d'autres) affirmait la nécessité, surtout en rapport aux lois auto-appliquatives, de reconnaître à la Cour la possibilité d'émettre des mesures conservatoires, du moment que, dans certains cas, le temps pour obtenir le renvoi de la question à la Cour et, puis, pour voir l'arrêt rendu pourrait provoquer des atteintes irréparables ou, en tout cas, très graves au droit fondamental en question. À ce propos, la loi n. 131 de 2003 («loi La Loggia») a prévu, pour les procès constitutionnels en voie d'action (dont les parties sont l'État et les régions), le pouvoir de la Cour de suspendre, dans l'attente de la décision sur le fond, les dispositions contestées.

Parmi les propositions dont la réalisation conduirait au risque de bouleversement du modèle actuel, l'on doit insérer celle de l'introduction en Italie d'un recours direct du citoyen au juge constitutionnel, en suivant les exemples d'autres expériences constitutionnelles (notamment, l'allemande et l'espagnole). Une appréciation de cette réforme éventuelle ne peut pas faire abstraction des buts poursuivis, qui peuvent être celui de combler les vides de protection qui dérivent des étroitures du contrôle des lois sur renvoi des juridictions ou bien celui d'introduire une sorte de quatrième degré de juridiction, qui permette à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur les arrêts rendus par les juges communs. Dans le premier cas, l'élargissement éventuel des voies d'accès à la Cour constitutionnelle paraît à construire comme une simple intégration du système actuel, sans que cela signifie un bouleversement. L'on pourrait donc songer, en ce qui concerne les «zones franches» indiquées plus haut, à l'introduction de recours directs spécifiques qui comblent les vides ou bien à un recours du particulier soulevé seulement lorsque il est impossible de saisir la Cour constitutionnelle par la voie judiciaire, et ayant comme objet uniquement les lois et les actes ayant force de loi (et non pas les actes juridictionnels). L'on pourrait prévoir aussi une obligation, pour le juge de dernière instance, de renvoyer la question à la Cour constitutionnelle, sans opérer le filtre traditionnel du «non-manifeste manque de fondement» et se limitant à celui relatif à la *rilevanza* (v. *supra*).

Par contre, une prévision du recours direct sur une grande échelle, au-delà de toute affirmation contraire, entraînerait la réduction de l'importance du contrôle sur renvoi des juridictions et la création d'une sorte de quatrième degré de juridiction (dont, franchement, l'on ne voit pas la nécessité). Le nombre de recours, que l'on peut prévoir comme très élevé, serait à l'origine de problèmes d'organisation pour la Cour, de risques sérieux d'engendrer des arrières considérables et de retards dans la définition du contentieux: les expé-

riences d'autres pays le démontrent et indiquent la nécessité de réparer ces dommages par une sélection des affaires à traiter qui ne se fonde sur aucune motivation substantielle, comme est le cas de l'Allemagne (où les affaires sont choisis sur la base de leur «fondamentale importance constitutionnelle») et de l'Espagne (où l'on rejette tout affaire qui présente une «carence manifeste de contenu constitutionnel»). Ces remarques conduisent à considérer le recours direct une voie d'accès qui est essentiellement démagogique et de propagande.

Le système actuel de protection des droits fondamentaux est axé sur les juges communs; de ce fait, l'on pourrait songer à une procédure spéciale – sur l'exemple de l'*amparo* judiciaire espagnol – pour la protection des droits constitutionnels, c'est-à-dire une procédure plus rapide visant à dénoncer une violation des droits devant le juge commun, auquel l'on pourrait attribuer le pouvoir d'édicter des mesures conservatoires pour éviter que des dommages irréparables se produisent. Dans le cadre de cette procédure spécifique, le juge – les conditions subsistant (conditions qui pourraient dans certains cas même se limiter à la *rilevanza*) – aurait la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle de la question de constitutionnalité de la loi ou de l'acte ayant force de loi censé porter atteinte au droit constitutionnel invoqué; et l'on pourrait penser même à la possibilité pour le particulier qui, dans les différents degrés de juridiction, n'ait pas trouvé un juge qui soulève la question de constitutionnalité, de s'adresser directement à la Cour constitutionnelle. Il s'agirait, évidemment, d'un recours ayant comme objet non pas l'arrêt du juge commun ou la dénonciation d'une atteinte au droit fondamental portée par celui-ci (ce qui transformera la Cour constitutionnelle dans un juge de dernière instance), mais toujours le conflit entre la loi ou l'acte ayant force de loi et la Constitution; de ce fait, le recours apparaîtrait en harmonie avec la discipline actuelle, qui exclut la possibilité de contester l'arrêt judiciaire affirmant le manifeste manque de fondement de la question de constitutionnalité, mais qui permet de présenter à nouveau l'exception, qui a été déjà présentée au cours d'un procès commun, lors des degrés ultérieurs du même procès.

Par le renvoi de la question de constitutionnalité à la Cour, celle-ci serait en mesure de continuer la valorisation, qui caractérise la jurisprudence récente, du rôle du juge commun et de la collaboration entre les juridictions communes et la Cour constitutionnelle, dans le cadre de la répartition des tâches indiquée auparavant, sur la base de laquelle la Cour fixe les principes généraux et indique la «politique» des droits fondamentaux et de leurs limites, en laissant aux juges communs la mise en œuvre en concret des principes fixés.

Enfin, un remède contre les étroittesses du contrôle sur renvoi des juridictions pourrait être envisagé dans les rapports entre la justice constitutionnelle

italienne et les cours européennes, ce qui fera l'objet des paragraphes suivants.

## **II. La protection des droits fondamentaux entre droit interne et Convention européenne des droits de l'homme**

Les rapports entre les juges italiens et la Cour européenne peuvent être analysés en distinguant l'aspect des sources du droit de celui de l'incidence en concret de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour sur les décisions des juges internes.

### *1. La CEDH dans l'ordre juridique interne*

Le Constituant italien a choisi plusieurs modèles de compénétration entre les sources du droit international et les sources du droit interne, selon la nature des sources internationales et selon les matières dans lesquelles ceux-ci interviennent.

En ce qui concerne la nature des sources, la Constitution de 1947 différencie les coutumes internationales des traités et des accords.

Les premières sont prévues par l'art. 10, al. 1<sup>er</sup>, aux termes duquel «l'ordre juridique italien se conforme aux normes du droit international généralement reconnues» (ces normes étant, à l'évidence, les coutumes). Par cette disposition, le Constituant a introduit un «transformateur permanent» (PERASSI) qui assure la conformation constante et «parfaite» de l'ordre interne au droit international coutumier. Le renvoi opéré par la disposition constitutionnelle permet de ranger les coutumes internationales parmi les sources constitutionnelles.

Il en va pas de même pour les engagements internationaux faisant suite à des accords, des traités ou des conventions, du moment que l'on doit exclure que l'art. 10, al. 1<sup>er</sup>, de la Constitution puisse être appliqué à des actes autres que les normes coutumières.

Or, cette exclusion implique que ces engagements internationaux entrent dans l'ordre interne seulement à la suite d'un acte normatif portant un «ordre d'exécution» dans le système italien. L'«ordre d'exécution» (par lequel l'engagement est mis en œuvre dans le territoire de la République) est souvent contenu dans une loi ordinaire, mais rien n'empêche que d'autres sources soient employées.

Au sujet de la source appelée à dicter cet ordre, en effet, la Constitution se borne à indiquer les matières dans lesquelles une loi ordinaire est nécessaire afin d'autoriser la ratification du traité (ce qui a des conséquences sur le thème qui nous occupe, du moment que normalement l'ordre d'exécution est

inséré dans la loi d'autorisation à la ratification). En particulier, l'art. 80 de la Constitution prévoit que «les Chambres autorisent par loi la ratification des traités internationaux qui sont de nature politique, ou qui prévoient arbitrages ou règlements judiciaires, ou qui entraînent des modifications du territoire ou des charges financières ou modifications de lois».

La nécessité d'un ordre d'exécution a des conséquences même du point de vue du rang des engagements internationaux dans la hiérarchie des sources du droit. À cet égard, l'on doit toutefois distinguer (*i*) la période précédente de (*ii*) celle successive à la loi constitutionnelle n. 3 de 2001 (qui a réformé profondément le Titre V<sup>e</sup> de la Constitution).

*i)* Dans la rédaction originale de la Constitution, le fait qu'aucune disposition concernant le rang des engagements internationaux n'était dictée conduisait à l'application de la règle générale selon laquelle la disposition qui fait l'objet du renvoi acquiert le même rang de la disposition qui opère le renvoi. En étant le renvoi contenu dans l'ordre d'exécution, il en dérivait que le rang des engagements internationaux était celui des actes qui leur donnaient exécution dans l'ordre interne. De ce fait, les engagements pouvaient avoir la même force de la loi, mais ils pouvaient aussi être des actes subordonnés, lorsque c'était un règlement qui leur donnait exécution.

La règle générale connaissait deux seules exceptions, dérivant des art. 11 et 10, al. 2<sup>e</sup>, de la Constitution. Aux termes de l'art. 11, la République italienne «accède, dans des conditions d'égalité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations» et «encourage et favorise les organisations internationales qui poursuivent cet objectif». Sur la base de cette disposition, rédigée en se référant implicitement aux Nations Unies, les traités instituant des organisations internationales visant à assurer la paix et la justice entre les nations avaient (et ont) un statut «constitutionnalisé», tout à fait comparable à celui des coutumes internationales. Les bénéficiaires principaux de cette exception ont été (et sont) les traités constitutifs des Communautés européennes et de l'Union européenne, quoique leur exécution dans l'ordre italien ait été assurée par des lois ordinaires.

La seconde exception concernait des traités internationaux relatifs à une matière spécifique. L'al. 2<sup>e</sup> de l'art. 10 est ainsi rédigé: «la condition juridique de l'étranger est disciplinée par la loi en conformité aux normes et aux traités internationaux». Cette prévision implique la subjection des lois ordinaires non seulement aux coutumes internationales, mais aussi au droit international particulier: la violation d'un traité international de la part du législateur engendre une violation médiate de l'art. 10, al. 2<sup>e</sup>, de la Constitution, et donc l'inconstitutionnalité de la loi.

*ii)* La réforme constitutionnelle de 2001, bien qu'ayant comme objet les rapports entre l'État et les Régions, a inséré, dans l'al. 1<sup>er</sup> du nouveau art. 117

de la Constitution, la disposition suivante: «le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, ainsi que des obligations dérivant de l'ordre communautaire et des engagements internationaux».

Par cette disposition, il apparaît évident que les engagements internationaux acquièrent un rang supérieur par rapport à la loi ordinaire (tant étatique que régionale), ce qui ne veut pas dire qu'ils ont désormais un rang constitutionnel, mais qui représente quand même un argument incontestable en faveur de leur position (du moins) intermédiaire entre la Constitution et l'œuvre du législateur.

Ces remarques ont une grande importance afin d'insérer la CEDH dans le système des sources du droit italien. À présent, les doutes concernant la nature supralégislative de la CEDH semblent être éliminés. Un aperçu des problèmes qui se posaient auparavant ne paraît pas, toutefois, inutile.

Sur le plan formel, l'on ne pouvait que constater le rang législatif de la CEDH, dérivant de son exécution par la loi n. 848 de 1955. La CEDH n'avait donc, en théorie, aucune force telle à s'opposer à ce qu'une loi ordinaire successive déroge aux dispositions conventionnelles.

Mais la CEDH n'est pas un traité international comme les autres: son contenu et la prévision d'un organe juridictionnel chargé de garantir son respect de la part des États en font un acte qui relève du droit international, mais qui est en même temps un pilier fondamental de l'intégration supranationale. De ce fait, la doctrine et la jurisprudence italiennes ont cherché à faire correspondre le plan substantiel au plan formel, c'est-à-dire à donner à un acte qui est très proche à une Charte constitutionnelle une valeur et une portée supérieures à celles des lois ordinaires. Les théories élaborées ont été nombreuses, la plupart desquelles ayant essayé de déduire le rang supralégislatif de la CEDH de dispositions constitutionnelles particulières: certains auteurs ont inséré la CEDH parmi les actes auxquels l'art. 11 se réfère lorsqu'il parle de la défense de la paix et de la justice entre les nations; d'autres ont fait référence à l'art. 2, selon lequel «la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme», afin d'insérer la CEDH parmi les actes qui concrétisent cette garantie et qui doivent par conséquent être entourés d'un plus grand respect.

Aucune de ces théories n'a été adoptée de façon définitive par la jurisprudence. En effet, les décisions concernant la CEDH ont manifesté une multiplicité d'approches, qui ne permet pas d'indiquer une position commune relative aux rapports entre la CEDH et les lois ordinaires. Il en résulte que pour comprendre l'influence que la CEDH a eu dans le système italien, l'on doit se référer surtout aux arrêts principaux rendus à ce sujet par la Cour constitutionnelle.

## 2. *La CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne dans les arrêts de la Cour constitutionnelle*

Les arrêts de la Cour constitutionnelle qui ont fait référence à la CEDH (et à la jurisprudence de la Cour européenne) sont assez nombreux, mais ils sont parfois très différents les uns des autres, et même les principes qui les fondent ne partagent pas toujours une identité de fond.

L'on peut distinguer trois catégories de décisions: (*i*) celles qui s'occupent du rang de la CEDH, (*ii*) celles qui comparent le contenu de la CEDH avec le contenu des dispositions constitutionnelles et (*iii*) celles qui emploient la CEDH en fonction interprétative.

*i)* En ce qui concerne le rang de la CEDH, l'arrêt n. 10 de 1993 aurait pu conforter sa position supralégislative. La Cour devait trancher des questions de légitimité constitutionnelle concernant plusieurs dispositions du code de procédure pénale qui – selon les juges qui avaient opéré le renvoi – ne prévoyaient pas de garanties adéquates au profit de l'accusé étranger qui ne connaissait pas la langue italienne. À cet égard, la Cour a établi que notre système offre des garanties adéquates, du moment qu'il assure la connaissance complète, de la part de l'accusé étranger qui ignore la langue italienne, des actes du procès. Pour fonder cette conclusion, la Cour souligne que plusieurs traités internationaux relatifs aux droits de l'homme (et la CEDH, notamment) ont expressément prévu de telles garanties. Or, ces dispositions de la CEDH (et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York) «ont été introduites dans l'ordre italien avec la force de loi propre des actes contenant les ordres d'exécution relatifs [...] et sont toujours en vigueur, puisqu'elles ne peuvent certes pas être considérées abrogées par les successives dispositions du code de procédure pénale [...] puisqu'il s'agit de normes dérivant d'une source expression d'une compétence atypique et, en tant que telles, insusceptibles d'abrogation ou de modification de la part de dispositions de loi ordinaire».

Cet arrêt est resté isolé dans la jurisprudence constitutionnelle. Avant et après 1993 l'on peut trouver un grand nombre d'affirmations de la valeur purement législative de la CEDH.

La négation de la valeur constitutionnelle de la CEDH est présente, par exemple, dans l'arrêt n. 15 de 1982 sur la détention préventive dans le cadre de la lutte contre le terrorisme; le même principe était contenu implicitement dans l'arrêt n. 17 de 1981, sur la publicité des débats judiciaires, et dans l'arrêt n. 188 de 1980, sur l'obligation – même pour l'accusé qui le refuse – de désigner un défenseur d'office. Quelques années plus tard, l'impossibilité de lier le législateur ordinaire en se référant à la CEDH a été soutenue lors du scrutin des dispositions relatives au pouvoir de recours contre une décision de la part du défenseur d'un accusé contumace (arrêt n. 315 de 1990).

Successivement à l'arrêt n. 10 de 1993, d'autres se sont attestés sur les mêmes positions de la jurisprudence précédente. Parmi ceux-ci, l'on peut citer l'arrêt n. 388 de 1999, concernant la discipline de l'expertise dans les procédures civiles d'instruction préventive, qui a confirmé que les normes du droit international particulier «ne se posent pas en soi au niveau constitutionnel [...]», et c'est le législateur qui les met en œuvre».

*ii)* Assez nombreux sont les arrêts dans lesquels la Cour opère une comparaison entre le contenu de la Constitution italienne et la CEDH. Dans la plupart des cas, la Cour a souligné l'identité ou l'analogie de contenu entre les deux Chartes: l'on peut rappeler les arrêts dans lesquels l'on a constaté la proximité de l'art. 27, al. 2, de la Constitution et l'art. 6, al. 2, de la CEDH en ce qui concerne la présomption d'innocence (arrêts n. 120 de 1967 et n. 124 de 1972); il en va de même pour les principes du procès «équitable», reconnu par l'art. 24 de la Constitution (et, puis, par l'art. 111 révisé en 1999) et par l'art. 6 de la CEDH (arrêts n. 137 de 1984 et n. 102 de 1986); mais la liste des exemples pourraient être très longue, surtout dans la matière du procès pénal.

Plus intéressantes sont les décisions dans lesquelles la Cour a comparé les deux Chartes pour en déduire la portée plus ample de l'une ou de l'autre.

Dans le sens que la Constitution italienne prévoit des formes de protection des droits supérieures par rapport à la CEDH l'on peut citer, en premier lieu, l'arrêt n. 1 de 1961. La Région Trentino-Alto Adige avait dénoncé des dispositions de loi concernant l'usage de la langue dans les procédures judiciaires, qui étaient censées porter atteinte aux droits de la minorité germanophone; la CEDH avait été invoquée parmi les normes de références. Après avoir interprété les dispositions objet du scrutin, la Cour a établi que le système interne des actes concernant l'usage des langues «assure aux citoyens italiens germanophones des garanties encore plus amples de celles prévues par la Convention».

Plus récemment, l'ordonnance n. 91 de 1986 a souligné que «la protection de la liberté d'expression et de communication des idées, comme énoncée par la [...] Convention, est purement confirmative (et en des termes même plus réductifs) de la même protection accordée par l'article 21 de la Constitution».

Par contre, la comparaison entre la Constitution et la CEDH a porté à constater que la seconde prévoit des garanties qui ne sont pas considérées dans l'ordre interne à l'égard des délais qui marquent les procédures judiciaires: l'arrêt n. 202 de 1985 a affirmé que «la problématique des «temps de la procédure», insérée dans la Convention [...] comme un aspect du «procès équitable», n'a pas d'écho dans la Charte constitutionnelle, si l'on fait exception pour la prévision particulière de l'art. 13, al. 5<sup>e</sup>, qui impose à la loi d'établir «les délais maximums de détention préventive», sans aucunement se préoccuper des temps de la procédure lorsque l'accusé est en liberté».

La position à ce jour définitive a été explicité dans l'arrêt n. 388 de 1999, où l'on remarque que «les droits de l'homme, garantis même par des conven-

tions universelles ou régionales souscrites par l'Italie, trouvent expression, et une garantie non moins intense, dans la Constitution [...]: non seulement pour la valeur qui est à attribuer à l'affirmation générale des droits inviolables de l'homme opérée par l'art. 2 de la Constitution [...], mais aussi parce que, au delà de la coïncidence dans les catalogues de tels droits, les diverses formulations qui les expriment s'intègrent, en se complétant réciproquement dans l'œuvre interprétative» (le même arrêt affirme que, contrairement à ce qu'avait été établi dans l'arrêt n. 202 de 1985, la garantie du délai raisonnable est contenue dans l'article 24 de la Constitution).

*iii) La CEDH a été parfois employée par la Cour constitutionnelle en tant qu'aide à la recherche de l'interprétation correcte de certaines dispositions constitutionnelles. Les exemples sont, à ce propos aussi, assez nombreux; ci-dessous l'on en cite quelques-uns des plus significatifs.*

Dans l'arrêt n. 38 de 1973, la Cour a exclu l'inconstitutionnalité des dispositions qui permettent d'empêcher la publication de l'image d'autrui de la part d'une entreprise de presse. À cette fin, l'on a affirmé l'inviolabilité du droit à l'image; et cette affirmation s'est fondée sur les dispositions constitutionnelles (art. 2, 3, al. 2, 13, al. 1<sup>er</sup>) qui garantissent les droits inviolables de l'homme, «parmi lesquels il sont à ranger ceux à la dignité, à l'honneur, à la respectabilité, à la vie privée, à l'intimité et à la réputation, affirmés expressément dans les art. 8 et 10 de la Convention européenne».

L'arrêt n. 127 de 1977, qui a déclaré inconstitutionnel l'arbitrage obligatoire en matière de brevets industriels, a employé l'art. 6, al. 1<sup>er</sup>, de la CEDH comme «validation» de la thèse selon laquelle le fondement de tout arbitrage est à chercher dans le choix librement effectué par les parties.

En 1985, par l'arrêt n. 41, la Cour a fait référence à l'art. 6 de la CEDH afin de décrire les implications des principes du «procès équitable».

Enfin, dans l'arrêt n. 376 de 2000, l'on affirme que «les principes de protection de l'unité familiale, et notamment la position qu'ont dans la famille les fils mineurs en rapport à la responsabilité éducative commune des deux parents, ne trouvent pas leur affirmation seulement dans notre Constitution, mais ils sont affirmés même dans certaines dispositions de traités internationaux ratifiés par l'Italie», parmi lesquels celles des art. 8 et 12 de la CEDH; de ces normes dérive le principe (présent même dans les art. 29 et 30 de la Constitution) selon lequel «l'on doit reconnaître à la famille la plus grande protection et assistance, notamment dans le moment de sa formation et dans le cadre de la responsabilité qui est propre des deux parents pour le maintien et l'éducation des fils mineurs; cette assistance et protection doit faire abstraction de la condition, de citoyens ou étrangers, des parents, s'agissant de droits de l'homme fondamentaux, auxquels l'on peut déroger seulement en présence d'exigences spécifiques et motivées visant à la protection des règles basilaires de la société démocratique».

Dans ces affirmations l'on saisi clairement, d'un côté, l'interpénétration entre les multiples niveaux de protection des droits fondamentaux, et, de l'autre, l'attitude que la Cour constitutionnelle a cherché à tenir afin d'harmoniser dispositions d'origine et, parfois, d'inspiration différentes. Et l'on peut dire que cette démarche est celle qui mieux caractérise l'activité de la Cour constitutionnelle à l'égard de la CEDH.

### **III. La protection des droits fondamentaux entre droit interne et droit communautaire**

La protection des droits fondamentaux dans le cadre des rapports entre l'ordre interne et l'ordre communautaire peut être analysée à travers le parcours qui a conduit à l'affirmation des principes de la primauté et des effets directs dans le système italien et de leur mise en œuvre par les juridictions internes.

#### *1. Les rapports entre le droit national et le droit communautaire*

Pendant de longues années, il s'est manifesté un certain conflit de jurisprudence entre la Cour de Luxembourg et la Cour constitutionnelle, notamment en ce qui concerne l'affirmation et les limites du principe de la primauté (a); des problèmes semblables ne se sont pas manifestés à l'égard de l'effet direct (b).

a) La confrontation entre les deux jurisprudences a connu trois phases: *i)* le conflit ouvert; *ii)* l'ambiguïté; *iii)* l'alignement de la Cour constitutionnelle à la position de la Cour de justice. Cependant, l'alignement n'a pas été complet, du moment que la Cour constitutionnelle a toujours maintenu quelques réserves (*iv)*).

*i)* La première grande décision de la Cour constitutionnelle à l'égard du droit communautaire précède, de quelques mois, l'arrêt *Costa/Enel*. M. Costa, afin de s'opposer à la nationalisation des sociétés de production et fourniture d'électricité, avait porté plainte contre une quittance et, au cours du procès, le juge avait soulevé la question de la constitutionnalité de la nationalisation devant la Cour constitutionnelle. L'un des moyens était précisément celui de la contrariété de la loi nationale au regard du droit communautaire. Dans son arrêt n. 14 de 1964, la Cour reconnaissait qu'une éventuelle violation du Traité instituant la CEE aurait entraîné la responsabilité internationale de l'État italien; mais cette responsabilité ne pouvait pas priver d'effets la loi nationale qui avait produit la violation, du moment que les conflits entre cette loi et d'autres lois nationales devaient être réglés sur la base des principes régissant la succession des lois dans le temps.

Une fois reçue une autre quittance, M. Costa avait porté une nouvelle plainte. Dans le procès qui s'était instauré le juge avait soulevé, cette fois, la question devant la Cour de justice. L'arrêt qui avait suivi, par l'affirmation de la primauté du droit communautaire, déclanchait le contraste entre les deux Cours.

*ii)* Le conflit ne pouvait se résoudre que par l'affirmation de la primauté du droit communautaire, à défaut de laquelle même la participation de l'État italien aux Communautés européennes était en question.

La Cour constitutionnelle s'est donc inclinée, mais elle l'a fait d'une façon qui n'était pas en mesure de satisfaire les exigences manifestées par la Cour de justice. Le revirement partiel s'est produit au cours des années soixante-dix. Dans l'arrêt n. 183 de 1973, la Cour a affirmé sans équivoques le principe des effets directs: «des exigences fondamentales d'égalité et de sécurité juridique postulent que les normes communautaires [...] doivent [...] avoir une efficacité directe dans tous les États membres, sans que de lois d'adaptation soient nécessaires pour leur donner la valeur de la loi nationale».

La Cour n'avait pas encore indiqué les moyens par lesquels les effets directs et – de façon implicite – la primauté du droit communautaire devaient être assurés au sein de l'ordre italien. L'arrêt n. 232 de 1975 a comblé ce vide, en mettant en place, toutefois, un système assez complexe.

Le principe de la primauté du droit communautaire n'était pas expressément affirmé: «en ce qui concerne les normes internes successives, édictées par des lois ou par des actes ayant force de loi ordinaire, [...] l'ordre juridique ne confère pas au juge italien le pouvoir d'écartier leur application, sur le fondement d'une primauté générale du droit communautaire sur le droit national. L'on ne peut certainement pas accueillir la solution [...] d'une déclaration de nullité [entraînant l'inapplication] de la loi interne successive, en devant exclure que le transfert aux organes des Communautés du pouvoir d'édicter des normes juridiques [...] comporte la conséquence d'une élimination radicale des effets de la volonté souveraine des organes législatifs des États membres».

Une telle position ne conduisait quand même pas au maintien du critère chronologique de résolution des antinomies: l'on affirmait, en effet, que les normes communautaires primaient les lois nationales successives. Or, cette primauté ne dérivait pas de l'application du critère de la hiérarchie (donc de la primauté au sens strict), mais de celle du critère de la compétence, corollaire de la séparation des ordres juridiques national et communautaire: autrement dit, les lois nationales étaient incompétentes dans les domaines transférés aux Communautés européennes.

Une telle argumentation avait deux conséquences fondamentales: en premier lieu, les rapports entre le droit communautaire et le droit interne étaient des rapports non pas de subordination mais de parité, le critère de compétence s'appliquant aux sources classées sur le même plan hiérarchique; en second

lieu, l'incompétence de la loi engendrant un vice de constitutionnalité, seule la Cour constitutionnelle avait le pouvoir de déclarer la contrariété du droit législatif national au droit communautaire. Aux juges communs venait donc d'être imposée l'obligation de soulever la question de constitutionnalité chaque fois qu'un conflit entre les deux catégories de sources se présentait.

*iii)* La solution élaborée par la Cour constitutionnelle ne pouvait pas satisfaire les institutions européennes: en particulier, le fait de rendre nécessaire une procédure assez longue (l'exception d'inconstitutionnalité et le renvoi au juge constitutionnel) pour que la loi nationale contraire au droit communautaire soit effacée portait évidemment atteinte à l'efficacité, en concret, du droit communautaire.

De ce fait, le revirement de la Cour constitutionnelle a été censuré par la Cour de justice dès 1978, lors de l'arrêt *Simmenthal*, où la juridiction communautaire a souligné à nouveau la nécessité de garantir la primauté du droit communautaire, et surtout de la garantir d'une manière «automatique». Et cette garantie automatique ne pouvait pas passer par la Cour constitutionnelle: elle devait être axée sur le pouvoir des juges communs d'écartier l'application de toute discipline interne contraire au droit communautaire.

Dans l'arrêt n. 170 de 1984, la Cour constitutionnelle a fini par s'incliner, en affirmant que les normes communautaires douées d'efficacité directe doivent «entrer et rester en vigueur sur le territoire italien sans que leur efficacité puisse être brisée par la loi ordinaire nationale».

Selon la Cour, la primauté du droit communautaire ne rend pas toutefois inconstitutionnelle la loi interne incompatible, ni même, bien entendu, la rend «inexistante»: du fait que l'ordre interne et l'ordre communautaire sont deux ordres autonomes (quoique intégrés) l'on doit déduire que le conflit entre la norme de l'un et la norme de l'autre se résout par l'application de la seconde et l'écartement de la première. Celle-ci reste, quand même, en vie, aucune invalidité ne l'affectant: elle peut donc discipliner des rapports qui sortent du domaine du droit communautaire (par exemple, les rapports avec des pays tiers) et même reprendre toute sa valeur, si la norme communautaire est abrogée ou annulée.

Ces distinguos contenus dans l'arrêt n'ont eu qu'une valeur purement théorique. Depuis 1984, en effet, l'on peut affirmer que même en Italie la primauté du droit communautaire a été établie, du moins dans la pratique.

Et une fois la primauté affirmée, la Cour a même accepté de concourir avec les juges communs dans la garantie du principe, en jouant un rôle de complément, notamment en se déclarant compétente à prononcer l'inconstitutionnalité d'une disposition contraire au droit communautaire dans le cadre du contrôle abstrait des normes (arrêts n. 384 de 1994 et n. 94 de 1995).

*iv)* Tout en reconnaissant la primauté du droit communautaire, la Cour constitutionnelle n'a jamais formellement renoncé à affirmer sa compétence

à opérer un contrôle sur les actes communautaires en cas de contestation motivée sur la base d'une atteinte prétendue à des droits fondamentaux. Cette doctrine (dite des «contre-limites») remonte à l'arrêt n. 98 de 1965 et a été précisée dans l'arrêt n. 183 de 1973: «sur la base de l'art. 11 de la Constitution, des limitations de la souveraineté ont été permises uniquement pour la réalisation des finalités indiquées dans l'article même [la paix et la justice entre les Nations]; l'on doit donc exclure que ces limitations [...] puissent d'une façon ou d'une autre comporter pour les organes de la CEE le pouvoir – inadmissible – de porter atteinte aux principes fondamentaux de [l']ordre constitutionnel ou aux droits inaliénables de la personne humaine. C'est clair que lorsqu'une interprétation tant aberrante de l'art. 189 [actuel art. 249] se produisait, la garantie du contrôle juridictionnel de [la] Cour sur la compatibilité persistante du Traité aux principes susmentionnés serait assurée».

La valeur de ces affirmations a été plusieurs fois confirmée. Cependant, au moment où la Cour a été appelée à se prononcer sur un cas concret de violation dénoncée d'un principe fondamental (le droit à saisir un juge), dérivant de l'adhésion à la Communauté européenne, elle s'est révélée tant embarrassée qu'elle n'a pas jugé sur le fond, en s'abritant derrière des problèmes de forme dans le renvoi du juge (arrêt n. 232 de 1989).

b) L'affirmation du principe de l'effet direct du droit communautaire par les juridictions italiennes a été beaucoup moins contestée.

L'on a pu constater que la Cour constitutionnelle, dès son arrêt n. 183 de 1973, a reconnu l'existence du principe, qui a été par la suite confirmée, à l'égard notamment des directives et même des arrêts de la Cour de justice.

## *2. La mise en œuvre du droit communautaire par les juridictions italiennes*

Le droit communautaire est mis en œuvre en Italie dans le cadre d'un système assez complexe où les compétences des juges nationaux et de la Cour de justice s'interpénètrent.

En ce qui concerne le contrôle de la validité du droit communautaire, la compétence exclusive revient à l'ordre judiciaire communautaire, et notamment à la Cour de justice, la seule exception au principe étant celle d'une violation des contre-limites, qui appelle une intervention de la Cour constitutionnelle.

Beaucoup plus articulé est le contrôle des conflits entre le droit national et le droit communautaire.

Les modalités de résolution des antinomies diffèrent selon que l'acte communautaire en question ait (a) ou pas (b) d'effets directs.

a) Le cas d'un conflit entre une disposition nationale et un acte communautaire ayant effets directs est celui qui a été tranché par l'arrêt n. 170 de 1984 de la Cour constitutionnelle, dans le sens que c'est aux juges communs

que revient la compétence à statuer sur la conformité du droit national au droit communautaire.

La Cour constitutionnelle intervient seulement dans trois cas. Le premier est relatif au contrôle de constitutionnalité abstrait (cf. *supra*).

Sur la base de l'arrêt n. 170 de 1984, le contrôle de constitutionnalité sur renvoi des juridictions n'est envisageable que lorsque l'on dénonce «les prévisions de la loi nationale que l'on estime inconstitutionnelles, en tant que visant à empêcher ou compromettre le respect du Traité, en rapport au système ou à l'essentiel de ses principes [...]. Dans ce cas, la Cour serait [...] appelée à vérifier si le législateur ordinaire a éliminé de façon injustifiée quelques-unes des limites à la souveraineté nationale, limites qui ont été par lui-même posées, par la loi d'exécution du Traité, dans le respect direct et exact de l'art. 11 de la Constitution».

Un troisième cas de contrôle – encore dans le cadre de la juridiction sur renvoi – est à indiquer lorsque la disposition nationale dont la conformité au droit communautaire est contestée est même contraire à des dispositions constitutionnelles autres que celles qui régissent la participation de l'Italie à l'intégration européenne (par exemple, un décret délégué qui est contraire même à la loi de délégation).

À ces exceptions près, le système de résolution des conflits entre les actes nationaux et communautaires paraît quand même assez linéaire.

b) Plus complexe est le système de résolution des antinomies entre le droit national et le droit communautaire n'ayant pas d'effets directs.

Le cas n'est pas pris expressément en considération dans l'arrêt n. 170 de 1984 (dans celui-ci, le pouvoir du juge commun de ne pas appliquer la loi nationale se fonde sur l'effet direct de l'acte communautaire): lorsque l'acte communautaire n'a pas d'effets directs, les règles générales retrouvent donc toute leur valeur. Il en résulte que dans le cas d'un conflit entre droit national et droit communautaire, le juge commun doit soumettre la question à la seule autorité nationale ayant le pouvoir de contrôler les lois, c'est-à-dire la Cour constitutionnelle. Par le renvoi, le juge soulève une question de constitutionnalité dont la disposition législative nationale est l'objet, l'art. 11 de la Constitution (cf. *supra*) est le paramètre et l'acte communautaire est la «norme interposée» (la norme dont la violation est une violation médiate de la disposition constitutionnelle).

Or, si la Cour constitutionnelle participe à l'application du droit communautaire dans l'ordre juridique interne, la Cour de justice n'en est pas toutefois exclue: la voie du renvoi préjudiciel reste possible, et même obligatoire, selon les cas, lorsque des doutes se manifestent à l'égard de l'interprétation ou de la validité de l'acte communautaire en question.

Le juge commun se trouve donc confronté à deux possibilités de renvoi préjudiciel: un renvoi à la Cour constitutionnelle, ayant comme objet l'acte

national, un renvoi à la Cour de justice, ayant comme objet l’acte communautaire.

En principe, la répartition des domaines d’intervention des deux Cours paraît clairement définie; mais dans la pratique la délimitation devient plutôt fluide. D’un côté, la Cour de justice, en interprétant l’acte communautaire ou en statuant sur sa validité, bien peut se livrer (et se livre, en effet) à des considérations relatives à la compatibilité des dispositions internes au droit communautaire, empiétant ainsi sur le domaine d’intervention de la Cour constitutionnelle (si l’acte communautaire n’a pas d’effets directs) ou sur celui des juges communs. De l’autre côté, la Cour constitutionnelle, afin de statuer sur la compatibilité de la norme interne au droit communautaire, doit vérifier d’abord si les conditions pour son intervention subsistent, c’est-à-dire si la disposition communautaire n’a pas d’effets directs; et dans ce cas, ce n’est pas si simple d’opérer le scrutin de la norme interne en s’abstenant de toute interprétation de la norme communautaire: cela étant, la Cour constitutionnelle aussi finit par empiéter sur un domaine qui n’est pas le sien.

Pour limiter le plus possible les risques d’interférences, c’est la Cour constitutionnelle qui s’est cantonnée dans un domaine assez strictement délimité, tant en raison de l’objet du scrutin qu’en rapport à la chronologie des renvois.

Sur le premier point, l’abdication de la Cour relative à tout conflit entre normes nationales et normes communautaires ayant des effets directs s’est associée à l’acceptation complète de la compétence de la Cour de justice à statuer sur l’existence en concret des effets directs. Ceci s’est traduit dans la priorité de l’intervention de la Cour de justice: dans tous les cas qui posent un problème de «double renvoi», la Cour constitutionnelle attend la décision de la Cour de justice sur l’acte communautaire pour se livrer au scrutin de la disposition interne.

Ce procédé a deux conséquences significatives. Sur le fond de la question, le fait d’attendre l’intervention de la Cour de justice risque de rendre (du moins en partie) la décision de la Cour constitutionnelle purement répétitive: la tendance de la Cour de justice à se livrer à des considérations relatives à la compatibilité des dispositions internes au droit communautaire place souvent la Cour constitutionnelle dans l’alternative entre se conformer ou déclencher un conflit avec la Cour de Luxembourg.

Sur le plan de la procédure, la priorité de l’intervention de la Cour de justice indique la solution incontournable pour les cas de «double renvoi»: pour que le juge commun puisse soulever un doute de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle, il doit d’abord avoir résolu tous les doutes concernant l’interprétation ou la validité de la disposition communautaire. Et pour que ce genre de doutes soit résolu, le juge commun doit employer tous les moyens dont il dispose, y compris – bien évidemment – le renvoi préjudiciel. En effet,

la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle est saisie d'une question sur la disposition nationale sans que le cadre au niveau du droit communautaire soit contesté, n'hésite pas à renvoyer à nouveau les actes au juge *a quo*, lui imposant de soulever une nouvelle question de constitutionnalité seulement après avoir dégagé de tout doute le cadre juridique communautaire.

Cette attitude de la Cour constitutionnelle est très intéressante pour définir le rôle très marginal que la Cour constitutionnelle s'est attribué, en déversant tous les pouvoirs d'initiative dans la procédure aux juges communs, notamment en ce qui concerne la dialectique avec la Cour de justice.

Au début des années quatre-vingt-dix, la Cour avait affirmé, en principe, le pouvoir (et non pas l'obligation en tant que juridiction de dernière instance) d'opérer un renvoi préjudiciel aux termes de l'art. 234 du TCE (arrêt n. 168 de 1991). Mais quelques années plus tard, il y a eu un changement d'avis: la Cour de justice «ne peut pas être saisie [...] par la Cour constitutionnelle, qui exerce essentiellement une fonction de contrôle constitutionnel, de garantie suprême du respect de la Constitution républicaine de la part des organes constitutionnels de l'État et de ceux des Régions»; «l'on ne peut pas reconnaître dans la Cour constitutionnelle la <juridiction nationale> à laquelle l'art. 177 [actuel art. 234] du Traité [...] fait référence, du moment que la Cour ne peut pas être insérée parmi les organes judiciaires, qu'ils soient ordinaires ou spéciaux, telles – et tant profondes – étant les différences entre la tâche confiée à la première, sans précédents dans l'ordre italien, et celles, bien connues et fondée dans l'histoire, propres aux organes juridictionnels» (arrêt n. 536 de 1995).

Cet arrêt a été beaucoup critiqué, sur le plan théorique et surtout pour le fait d'être démenti par la pratique: l'on peut constater, en effet, que la Cour s'est attribuée le pouvoir de soulever une question de constitutionnalité (qu'elle-même devra trancher) lorsque, pour statuer sur une question ou sur un conflit, elle doit appliquer une disposition sur la conformité à la Constitution de laquelle l'on avance quelques doutes.

Bien que la motivation (et la décision) soit critiquable, il est hors de question – du moins, pour le moment – que la Cour ait opposé un refus sans nuances à opérer tout renvoi à la Cour de justice. Et ce refus, qui se traduit dans un obstacle incontournable à l'instauration d'un dialogue direct entre les deux Cours, n'est évidemment pas sans conséquences. Des conséquences d'ordre général, qui peuvent se manifester, dans l'avenir, à l'égard du rôle de la Cour: c'est justement en pensant à la jurisprudence issue de l'arrêt n. 170 de 1984, mais – peut-être – aussi au refus d'opérer le renvoi préjudiciel que l'on a pu se demander si la position de la Cour constitutionnelle n'était pas «le prodrome d'une douce euthanasie de la jurisprudence constitutionnelle nationale sur les droits» (ZAGREBELSKY).

#### IV. Conclusions

La présence de différents catalogues, dans le cadre de la protection «*multilevel*» des droits, a conduit à comparer la situation actuelle à un jardin contenant un grand nombre de fleurs (les droits) qui requiert la présence et l'œuvre de bons jardiniers, et le choix de ceux-ci constitue un moment important et décisif pour l'entretien du jardin.

Si c'est vrai que la présence de nombreux fleurs (et de plusieurs jardiniers) est l'expression d'une richesse pour la saison des droits, il n'est pas moins vrai que la quantité ne peut pas être considérée comme un élément toujours positif, du moment qu'elle pose même des problèmes de compatibilité et impose d'éviter des possibles conflits entre les différents instruments de protection. Autrement dit, il faut éviter que l'existence de tant de procédures et de tant de juges comporte, non pas une protection des droits accrue, mais la fête aux juristes et aux avocats, qui ne pourront que se réjouir de la multiplication des procès, des degrés de juridiction, et de l'augmentation conséquente des coûts de la justice (FAVOREU).

L'existence et surtout l'ampleur et l'extension d'une intervention des Cours européennes dans le système de protection des droits fondamentaux au niveau national sont le résultat – selon une partie de la doctrine – du degré de protection effectivement atteint au niveau national. Ceci comporte un aplatissement injustifié des diverses situations nationales, où les juges constitutionnels opèrent en liaison étroite avec les Constitutions respectives et avec des instruments de procédure différents (CRUZ VILLALON).

La doctrine a avancé plusieurs propositions visant à mettre en ordre les différents instruments de protection. Celles-ci font appel, séparément ou conjointement, à l'exigence d'harmoniser ces instruments eu égard aux compétences des divers juges, aux respectives procédures ou bien – sur le plan substantiel – aux catalogues des droits.

À l'égard de l'harmonisation des compétences, l'on a cherché à préciser les domaines de compétence de chaque organe judiciaire, par une indication des compétences matérielles ou des compétences découlant de la typologie de l'acte ou de la qualité de l'intervention. Un problème spécifique est celui de l'opportunité d'insérer ces indications dans un acte normatif, afin de «cristalliser» la répartition des tâches ou bien de laisser cette répartition à l'action de la jurisprudence.

En ce qui concerne l'harmonisation des procédures, l'on a pensé à une montée en puissance de l'institut de la question préjudiciale entre un juge et un autre, à une extension du recours direct des particuliers, mais aussi à l'attribution, au profit des organes juridictionnels, d'un pouvoir de sélection, de filtrage et de limitation des recours et à l'introduction de procédures nouvelles (par exemple, les conférences de concertation, etc.).

À propos de l'harmonisation des catalogues, l'on a noté que souvent, dans les divers catalogues, des expressions différentes sont employées en se référant à des situations semblables: des expressions qui manifestent une vision plus «objective» et d'autres qui privilégient une vision plus «subjective». En outre, les mêmes expressions ont une portée différente selon les ordres juridiques dans lesquels elles s'insèrent. L'œuvre d'harmonisation ne peut se produire que par le biais de l'activité juridictionnelle, qui devrait se dérouler de façon telle à réaliser, autant que possible, une sorte de droit commun européen.

Dans la pratique, les rapports entre les juges nationaux et la Cour de justice se présentent assez différents selon que l'on se réfère à la Cour constitutionnelle ou bien aux juges communs.

Si la Cour constitutionnelle s'est caractérisée pour sa position d'auto-exclusion du circuit communautaire, le rôle du juge commun est plus complexe: il revêt en même temps le rôle de juge national, sujet à la loi et doué du pouvoir-devoir de soulever, en cas de doute, la question de légitimité constitutionnelle, et celui de juge communautaire, doué du pouvoir d'écartier la loi nationale contraire au droit communautaire. Comme l'a remarqué l'ancien Président de la Cour de justice, M. RODRIGUEZ IGLESIAS, le juge commun a donc deux chapeaux, mais il doit les porter tous les deux en même temps.

À l'égard de l'attitude de la magistrature italienne, l'on peut constater une plus grande propension vers le renvoi préjudiciel de la part des jeunes magistrats: par exemple, en 2003, la Cour de cassation n'a pas soulevé de questions préjudiciales et le Conseil d'État en a soulevé seulement trois, bien que ces juges, en étant des juges de dernière instance, auraient l'obligation et non pas le simple pouvoir de saisir la Cour de justice.

Afin de façonner une liaison plus efficace entre l'activité de la Cour constitutionnelle et celle de la Cour de justice, ont été avancées des propositions qui sont inspirées à des constructions différentes des rapports entre les sources nationales et les sources communautaires (et des rapports entre les deux Cours).

L'on a proposé de réaliser un système concentré de contrôle de la «conventionnalité» des lois, un système plus proche aux traditions constitutionnelles des différents pays européens (axées sur le contrôle concentré de conventionnalité); de même, un tel système aurait une correspondance avec les liaisons qui opèrent à présent entre la Cour de justice et les juges communs (en tant que juges communautaires).

À ce sujet, l'on a remarqué (CALVANO, GIOVANNETTI) que le renvoi préjudiciel de la part des juges nationaux présente des caractères semblables à ceux de la question de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle, du moment que l'on exerce un contrôle ayant comme objet la conformité de la loi

nationale au droit communautaire lorsque la Cour de justice – et ça arrive souvent – ne se limite pas à répondre à la question posée par le juge, mais elle va plus loin et opère le scrutin relatif à une certaine discipline nationale.

D'autres auteurs suggèrent des solutions inspirées plutôt à un principe de séparation des compétences: la Cour de justice devrait se considérer compétente dans le champ de l'interprétation du droit communautaire et de la compatibilité du droit communautaire dérivé avec le droit communautaire primaire, tandis que la Cour constitutionnelle devrait se limiter aux rapports entre les lois nationales et la Constitution; et même dans les cas de conflit entre la loi nationale et le droit communautaire l'on devrait distinguer entre l'interprétation du droit communautaire (revenant au juge communautaire) et l'interprétation du droit national (revenant aux juges italiens).

La plupart de la doctrine partage l'idée que les rapports entre les juges nationaux et la Cour de justice doivent s'inspirer à une attitude de «collaboration-intégration», qui devrait conduire, à la suite des influences réciproques, à une circulation et à une harmonisation des jurisprudences respectives.

La possibilité que tout ceci se vérifie dépend du choix (et de la possibilité) de la Cour constitutionnelle de sortir de son isolement.

À cette fin, un changement de jurisprudence qui pourrait se produire en se fondant sur le nouveau texte de l'art. 117, al. 1<sup>er</sup>, est celui d'affirmer la possibilité d'un contrôle de la constitutionnalité sur renvoi des juges ayant comme objet une loi nationale contraire au droit communautaire (la violation du droit communautaire se manifestant comme une violation médiate de l'art. 117 de la Constitution). Ceci permettrait à la Cour constitutionnelle de retourner «au centre de l'action» et de dépasser la position actuelle qui exclut la légitimation à saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

Cette modification jurisprudentielle éliminerait la situation actuelle, certes anormale, dans laquelle la Cour italienne se trouve lorsque dans les procès instaurés par voie d'action elle doit opérer le scrutin concernant la conformité des lois étatiques ou régionales au droit communautaire, sans pouvoir saisir la Cour de justice en cas de doute relatif à l'interprétation des normes communautaires. À cette fin, aucune modification du droit positif n'est requise, du moment qu'aucun obstacle ne paraît se présenter dans le Traité (ce qui est démontré par les attitudes différentes de celle qui sont propres de la Cour italienne adoptées par les juges constitutionnels d'autres pays).

Seulement en se douant du pouvoir de saisir la Cour de justice la Cour constitutionnelle pourra, d'un côté, instaurer un rapport de véritable collaboration-intégration avec la Cour de justice et, de l'autre, exercer un rôle important d'orientation et d'uniformisation de la jurisprudence des juges communs en matière de droits fondamentaux, en déterminant les principes et les interprétations auxquels se conformer.

En ce qui concerne la Cour constitutionnelle et ses rapports avec (la CEDH et) la Cour de Strasbourg, l'on peut constater que le juge constitutionnel a adopté une attitude différente de celle qui caractérise sa participation au droit communautaire jurisprudentiel. En effet, la Cour n'a pas poursuivi une politique d'auto-exclusion dans l'application de la CEDH au sein de l'ordre italien: la Cour constitutionnelle s'est chargée de maîtriser l'introduction de la source supranationale dans l'ordre interne, en assurant un certain équilibre dans sa mise en œuvre.

Les résultats obtenus semblent démontrer l'efficacité de l'action: la CEDH est une des sources qui sont le plus fréquemment invoquées dans le contentieux constitutionnel et devant les juridictions communes.

Or, l'importance de la CEDH ne s'apprécie pas uniquement sur le plan de l'affirmation des droits fondamentaux: la Constitution italienne est, en soi, assez riche de dispositions visant à protéger les droits. Le plan sur lequel la CEDH manifeste toute son importance dans l'ordre italien est plutôt celui de l'élimination (du moins, de quelques-unes) des lacunes qui caractérisent le système de protection juridictionnelle des droits.

Un problème spécifique qui s'est posé concerne la possibilité d'appliquer certaines dispositions de la Convention (en particulier, les art. 6 et 13, relatifs à la protection des droits devant les juges) même à la Cour constitutionnelle et au contentieux constitutionnel. Autrement dit, l'on s'est demandé si la Cour constitutionnelle doit être considérée à l'instar des juges communs, et donc si la Cour européenne a la légitimation à intervenir sur le contentieux constitutionnel, la Cour constitutionnelle étant le protecteur suprême de la Constitution.

L'on sait qu'un cas qui a ouvert un débat très important est celui de l'arrêt *Mateos*, dans lequel la Cour européenne a condamné l'Espagne pour le fait de ne pas avoir prévu la possibilité, pour les parties du procès *a quo*, de se constituer devant le *Tribunal Constitucional* lorsque l'objet de la question de constitutionnalité est une loi portant des mesures avec des destinataires déterminés. À cet égard, l'on a souligné le risque que par ces arrêts se produise une perte de légitimation des Cours constitutionnelles nationales (FAVOREU). L'on doit quand même constater qu'en Italie un problème de ce genre ne s'est jamaisposé en concret.

En définitive, l'adhésion de l'Italie à la CEDH ne paraît pas avoir créé une multiplication des organes juridictionnels difficiles à harmoniser, mais paraît plutôt avoir créé une synergie entre ces organes afin d'assurer une protection des droits qui s'avère plus complète. Les risques de conflits entre les cours restent, bien évidemment. D'autre part, des risques de délégitimation de la Cour constitutionnelle ne sont pas à négliger, mais, en même temps, ils ne sont pas à exagérer. L'existence d'une protection plus complète des droits fondamentaux est, de toute façon, un argument assez probant pour accepter ces risques.