

L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie - Les débats de l'Assemblée constituante (1946-47)

Pasquale PASQUINO - CREA-CNRS et New York University

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 6 - JANVIER 1999

Après dix-huit mois d'intenses débats, le 22 décembre 1947, l'Assemblée constituante italienne approuvait le texte définitif de la première constitution républicaine. En dépit des diverses tentatives de réforme, échouées à ce jour, ce texte, qui vient juste de fêter ses 50 ans, est toujours en vigueur. Il a été l'un des premiers, dans la vague constituante qui succéda la deuxième guerre mondiale, à introduire dans la loi fondamentale un organe spécialisé compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois.

Ce choix fut accompagné par de nombreuses discussions qui représentent le premier grand débat constituant à propos d'une institution qui, si elle s'est entre temps universalisée, n'a pas fini de susciter des débats et d'opposer les tenants des différentes idéologies démocratiques et constitutionnelles.

Avant le début même des travaux de l'Assemblée, en 1945, le *Ministère pour la constituante* avait mis sur pied une commission, connue sous le nom de son président Forti, qui devait fournir un travail important et qui représente en un sens le véritable point de départ du processus constituant de l'Italie post-fasciste. C'est dans le cadre de cette commission que le juriste Massimo Saverio Giannini avait souligné l'importance du choix en faveur d'une constitution rigide. Il s'agissait par ce moyen de s'opposer au modèle du *Statuto albertino*, la charte octroyée aux piémontais en 1848 par le roi Carlo Alberto et devenue par la suite constitution du royaume d'Italie, qui avait pu s'adapter facilement au régime fasciste. Tout en insistant sur la nécessité de ne pas choisir un système constitutionnel trop difficile à modifier, Giannini demandait que soient prises les précautions nécessaires pour éviter que puissent être introduits « des changements constitutionnels sans une réflexion sérieuse et pondérée ». Et son collègue Giordano ajoutait: « Les principes juridiques et les normes des constitutions rigides se trouvent sur un plan de super-légalité, en d'autres termes, ils sont caractérisés par une efficacité plus grande et supérieure à celle des lois ordinaires. On établit de telle sorte une hiérarchie des sources du droit où le pouvoir législatif est subordonné au pouvoir constituant et on introduit des procédures plus strictes et différentes de celles qui sont nécessaires pour l'édiction d'une loi ordinaire (par exemple, une majorité qualifiée de voix favorables) ».

Parmi les constituants, le principe de la constitution rigide rassembla un consensus à peu près général. C'est sur les modalités de la garantie et sur l'identité des garants de la constitution que s'engagea le débat.

On n'a pas besoin de faire remarquer que cette idée de constitution rigide, que l'on qualifie aussi de *superlégalité* des normes constitutionnelles, était loin d'être une nouveauté introduite par la doctrine italienne au lendemain de la guerre. Indépendamment de Kelsen, et en tant que principe abstrait, elle était inscrite dans la doctrine constitutionnelle des deux grandes révolutions de la fin du 18^e siècle. Mais si du côté ouest de l'Atlantique, la nature fédérale de l'État et la tradition anglaise du juge créateur de droit avaient permis, au cours du 19^e siècle, le développement lent mais certain de la justice constitutionnelle, sur le continent européen la garantie de la constitution (avec l'exception autrichienne que l'on connaît) était restée, pour l'essentiel, l'objet de débats universitaires, mais n'avait pas pu s'établir au sein des institutions de l'État de droit. Il se trouve qu'un autre principe, propre, lui, à la doctrine révolutionnaire française, avait fait obstacle à l'institutionnalisation du contrôle de constitutionnalité: principe énoncé par Sieyès lui-même et d'après lequel il n'y a pas de représentation politique, ni de légitimité (démocratique, comme on dit aujourd'hui) sans élections. De sorte que l'idée de la supériorité de la constitution finit par se transformer en souveraineté du Parlement (enjôlée ou cachée, de ce côté-ci de la Manche, par la formule de la souveraineté de la Nation). Si on tient compte de cela, on ne sera pas étonné de lire, dans un ouvrage de doctrine publié à Paris en 1966, que « la Constitution italienne s'écarte donc sur ce point [le contrôle de constitutionnalité] d'une tradition d'origine française qui avait toujours refusé de donner à un corps de magistrats le soin de contrôler les volontés du parlement ».

La rupture de la Constituante italienne avec la tradition française, rupture qui ne se fera évidemment pas sans conflits, fut en large partie déterminée par la réflexion des pères fondateurs sur la dérive du Parlementarisme italien des années 1920 vers un système totalitaire et sur les contraintes imposées aux constituants par le fait de « prendre la constitution au sérieux ». Mais après avoir fait remarquer le rôle joué par le principe de rigidité de la constitution, d'où la nécessité d'une garantie de celle-ci, il faut considérer maintenant les différentes propositions

avancées tout au long des débats, les oppositions à la constitutionnalisation d'un organe de contrôle et finalement les résultats du travail constituant.

Parmi les membres de l'Assemblée, on ne peut guère compter que Luigi Einaudi, l'économiste et futur président de la République, pour avoir pris position ouvertement et sans hésitation en faveur du système de contrôle diffus de type américain. Pourtant, deux raisons s'opposaient à l'hypothèse d'attribuer aux juges ordinaires la tâche toute entière du contrôle de constitutionnalité: d'un côté, une certaine méfiance (dont on connaît l'origine) vis-à-vis du pouvoir judiciaire, subordonné purement et simplement au législatif dans la version continentale de la séparation des pouvoirs; de l'autre, la conscience qu'il aurait fallu attendre au moins une génération pour que la magistrature se débarrasse de sa lourde hypothèque fasciste, en l'absence de toute mesure d'épuration. Il s'agissait donc de chercher ailleurs et déjà la Commission Forti s'orienta vers le choix de l'organe spécialisé. Même si, comme on va le voir, le résultat final peut être mieux caractérisé comme le choix d'un modèle mixte (entre la version américaine et la version autrichienne).

Le comité de la constitution, établi par la Constituante (et mieux connu sous le nom de Commission des 75), distribua le travail en sous-commissions; la deuxième avait la tâche de présenter un projet concernant le pouvoir judiciaire *et* la cour constitutionnelle. Un rôle de tout premier plan fut joué dans ce cadre par le juriste florentin Piero Calamandrei, élu à l'Assemblée comme représentant du Parti d'action, une petite formation politique de la gauche non marxiste, qui n'aura pas d'avenir politique mais dont les membres ont donné une contribution remarquable à la culture italienne du dernier demi siècle.

Dans son rapport présenté à la sous-commission au début de 1947, Calamandrei proposait un modèle de contrôle à mi-chemin entre le *judicial review* et l'institution d'un organe centralisé. A l'Art. 27 de son projet portant sur le « pouvoir judiciaire et la cour suprême constitutionnelle », on pouvait lire:

"Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par voie incidente \[ou par voie d'exception\] avec effet intra partes relève de la compétence des juges ordinaires et, en dernière instance, de la première section de la Cour Suprême constitutionnelle; le contrôle abstrait avec effet erga omnes relève de la compétence exclusive de la Cour Suprême constitutionnelle siégeant en sections réunies".

Même dans le langage (Cour Suprême), le précédent américain se retrouve ici avec beaucoup plus de force que lorsqu'on fait valoir le poids du modèle autrichien et de son auteur, Hans Kelsen. En fait, le contrôle abstrait vient simplement doubler le contrôle concret que Calamandrei voudrait laisser dans les mains des magistrats. On sait que la proposition ne fut pas retenue sous cette forme et on vient juste d'évoquer quelques unes des raisons qui furent à l'origine du refus.

Si l'on se tourne vers le projet du deuxième rapporteur, le jeune avocat napolitain et futur président de la République, Giovanni Leone, on voit apparaître un modèle alternatif qui s'inspire explicitement de la Cour autrichienne de 1920. Ici disparaît toute forme de *judicial review* et apparaît, à côté de la saisine d'origine politique (comme dans la version 1958 du Conseil Constitutionnel), l'exception d'inconstitutionnalité qui peut être soulevée par les citoyens, sans autre intermédiaire ("ceci pour obéir à une exigence de réalisation large du principe démocratique").

Ce n'est pas non plus ce modèle qui sera retenu. Petit à petit un certain nombre de caractères de l'organe de contrôle vont être précisés tout au long des travaux de la sous-commission d'abord, de la Commission de la constitution ensuite et de l'Assemblée enfin, concernant ses fonctions, sa composition, sa place dans l'architecture de la séparation des pouvoirs et le mécanisme de saisine d'un organe soumis au principe de « passivité » (au sens qu'il ne peut pas se saisir *proprio motu* d'une affaire).

D'abord, il est décidé de constituer sous le nom de « Cour constitutionnelle » un organe indépendant des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Deuxièmement, que cet organe, formé par des spécialistes du droit, sera mixte tant dans sa composition (magistrats, avocats et professeurs de droit) qu'en ce qui concerne les ayants droit à nommer les membres de la Cour (le Parlement à majorité qualifiée, le Président de la République et la haute magistrature). Troisièmement, que le président de la Cour est élu par la Cour elle-même et non nommé par un acteur externe tel que le président de la République. Quant aux compétences, elles sont fixées dans les termes essentiels déjà lors de la séance de la sous-commission sur les garanties constitutionnelles du 23 janvier 1947: la Cour juge (a) de constitutionnalité des lois, (b) des conflits de compétence entre les pouvoirs de l'Etat, (c) des accusations contre le Président de la République. Enfin, le texte constitutionnel établira au nombre de 15 les membres, qu'elle appelle « juges », de la Cour.

Avant de considérer le point capital relatif aux mécanismes de saisine, il est important de considérer de plus près les objections de fond à la mise en place d'un organe de contrôle de constitutionnalité exprimées par certains secteurs de l'Assemblée. On a déjà fait allusion à l'opposition de Einaudi qui défendait la position très minoritaire du contrôle diffus exercé par les juges; il est plus intéressant de constater que

L'attaque frontale à l'hypothèse d'établir dans la loi fondamentale une Cour constitutionnelle sera menée conjointement par la gauche socialiste et par les libéraux de la vieille génération tels que Croce, Nitti ou Orlando, tenants du système représentatif parlementaire absolu. Francesco Saverio Nitti ne mâche pas ses mots; dans la séance plénière de l'Assemblée qui porte à l'ordre du jour la discussion du projet voté en sous-commission (28 novembre 1947), il débute en disant: « Je considère inutile et dommageable la création d'une Cour constitutionnelle », qu'il définit tout court comme une « nouveauté absurde ». En réalité, Nitti s'inquiétait surtout de ce qu'il appelait le « caractère politique » de cet organe et demandait que la Cour de cassation fût chargée du contrôle de constitutionnalité des lois par simple voie incidente et à la demande des tribunaux ordinaires .

L'opposition la plus ferme vis-à-vis de la Cour viendra du doyen des publicistes italiens, Vittorio Emanuele Orlando. Dans un article de 1951 , il résumera les raisons de son opposition à tout organisme de contrôle sur l'activité législative du Parlement élu:

"...la création de la Cour constitutionnelle [...] comporte un doute très profond de compatibilité avec le type classique du gouvernement parlementaire; j'entends l'existence et les modalités de formation d'une autorité dont la caractéristique essentielle est d'être super-parlementaire. Le fait même que le Parlement ne serait plus l'autorité suprême de l'Etat mais serait assujéti à une sorte de subordination vis-à-vis d'une autre autorité, me semble avoir l'effet de _déplacer le centre de gravité du système_ . On dira que la compétence de la Haute Cour se limitera rigidelement à la solution purement objective d'un point de droit. Mais peut on croire à une séparation totale entre le droit et le fait? [...] Il est certain que le dernier mot sur des questions vitales pour l'État n'échouera plus aux Assemblées parlementaires, mais à huit personnes [la majorité des 15 membres de la Cour]".

Il ne s'agit pas de réfuter ici les arguments de Orlando, cela a été fait abondamment par la majorité de la Constituante; on voudrait montrer seulement que son opposition à l'égard de la Cour constitutionnelle trouva une écho et un soutien dans les critiques venant de la gauche de l'Assemblée. Les chefs du Parti Socialiste, Pietro Nenni, et du Parti Communiste, Palmiro Togliatti avaient même le combat de front lors du débat en Assemblée le 10 et 11 mars 1947. Venant l'un et l'autre d'une culture politique de type jacobin - proche sur ce point du parlementarisme à l'anglaise des vieux libéraux -, on ne sera surpris en les lisant de retrouver les arguments de l'idéologie constitutionnelle révolutionnaire:

"Sur la constitutionnalité des lois - ainsi s'exprimait Nenni - ne peut délibérer que l'Assemblée nationale , le Parlement, car il n'est possible d'accepter d'autre _contrôle_ que celui _du peuple_. _La Cour dont il est question pourra bien être composée des hommes les plus illustres, les plus ferrés en droit constitutionnel, mais puisqu'il n'ont pas été élus par le peuple, ils n'ont pas le droit de juger les actes du Parlement_ "

Pas besoin de commentaires, sauf pour dire que les partis sociaux-démocrates n'ont pas toujours partagé cette vision de l'État. Vaudra comme illustration ce texte du projet constitutionnel de la social-démocratie autrichienne de juin 1920 où à l'art. 168 (qui porte sur les garanties de la constitution) on lit:

"Le tribunal constitutionnel n'a aucune limite dans l'examen de la constitutionnalité des lois"

Palmiro Togliatti revient à la charge, le lendemain de l'intervention de son collègue socialiste:

"Toutes ces normes sont inspirées par la peur: on craint que demain il puisse se trouver une majorité, expression libre et directe des masses laborieuses, qui désirent innover profondément la structure politique, économique et sociale du pays, et c'est pour cette éventualité que l'on veut se donner des garanties [...] d'où aussi cette bizarrerie de la Cour constitutionnelle, un organe dont on ne sait ce que c'est et grâce auquel des illustres citoyens seraient placés au dessus de toutes les Assemblées et de tout le système du Parlement et de la démocratie, afin d'en être les juges. Mais qui sont ces gens? _D'où dériveraient ils leur pouvoir si le peuple n'est pas appelé à les choisir_?"

A côté de l'idéologie, on voit apparaître ici la préoccupation que la Cour puisse bloquer la législation édictée par une possible majorité de gauche que Togliatti avait l'espoir de voir sortir des élections de 1948 . Cette préoccupation n'était pas, bien entendu, dépourvue de tout fondement. Mais on comprend que, de l'autre côté, la majorité des constituants ait essayé de garantir la stabilité relative du pacte constitutionnel - ce qui est une autre manière de parler de rigidité de la constitution -, sans s'empêcher pour autant de prévoir un mécanisme de révision relativement facile à activer (art. 138 Const.), mais soustrait au pouvoir de la simple majorité.

A toutes ces objections de Togliatti et Orlando, de Nitti et Nenni, répondait le chef du comité de la constitution, l'indépendant de gauche Meuccio Ruini:

"Une bizarrerie dit le député Togliatti [...] Le raisonnement, en tout cas, est plutôt simple. Si la Constitution est rigide, il doit exister un organe qui vérifie si les lois sont conformes ou non à la Constitution [...]. Le comité a proposé un organe qui représente un bon compromis, où l'on trouve à la fois des hommes compétents venants de la magistrature, du barreau et de l'Université et ceux qui sont nommés par le Parlement".

Ruini reviendra à la fin des travaux de l'Assemblée sur la philosophie constitutionnelle qui avait inspiré la Commission des 75, en soulignant qu'elle s'était efforcée d'éviter deux systèmes opposés, d'un côté, le système fondé sur la primauté de l'exécutif (ce dont le pays avait fait la malheureuse expérience sous le fascisme), de l'autre, celui caractérisé par le gouvernement d'assemblée qui se fonde sur un syllogisme inacceptable. Le syllogisme d'après lequel « puisque la source de la souveraineté est uniquement dans le peuple, unique doit être sa délégation; de sorte que tout pouvoir se concentre dans le Parlement » les autres organes n'étant que des pouvoirs commis. Une forme de gouvernement qui tourne le dos au constitutionnalisme fondé sur la « répartition et l'équilibre des pouvoirs ».

Dans le refus du modèle moniste de la souveraineté du peuple, la Constitution italienne ira loin. Ce n'est pas seulement le contrôle sur les lois du Parlement et les actes ayant force de loi de la part d'un organe non électif qui est établi, mais le peuple lui même devient d'organe constituant, organe constitué de l'État, s'il est vrai, comme le dit l'art. 1 à l'alinéa 2, qu'il exerce son pouvoir (sa souveraineté) « sous les formes et dans les limites fixées par la Constitution » .

Les conflits internes à l'Assemblée Constituante concernant l'organisme de contrôle ne permirent pas de trancher la question relative aux acteurs ayant titre à saisir la Cour constitutionnelle. Le choix décisif fut renvoyé à la loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948. C'est celle-ci qui est à l'origine du « modèle mixte » auquel on a fait allusion . Pour l'essentiel, la Cour est sollicitée par les juges ordinaires qui peuvent la saisir par une exception d'inconstitutionnalité vis-à-vis d'une loi qu'ils seraient amené à appliquer et dont la constitutionnalité leur paraît douteuse. La Cour constitutionnelle est de cette manière, outre organe de co-législation, le véritable sommet du système judiciaire (au delà même de la Cour de Cassation et du Conseil d'État), car c'est au jugement de la Cour que les juges se rangent en cas de doute et donc à son interprétation de la Constitution, plus encore qu'à la loi. En ce sens, comme aux États-Unis, l'ensemble institutionnel, constitué par le pouvoir judiciaire et la Cour, représente un véritable contre-pouvoir vis-à-vis du pouvoir, qui risque d'être sans frein, des majorités élues .

Il a fallu encore attendre un certain nombre d'années avant que la Cour ne commence à siéger. La victoire du parti de la Démocratie Chrétienne aux élections de 1948 et l'opposition de la gauche au contrôle de constitutionnalité ne poussaient ni l'une ni l'autre moitié du Parlement à appliquer les dispositions de la Constitution concernant cette institution nouvelle. Il faudra la loi de 1953 qui définit les détails de la composition et des procédures de la Cour, le changement d'attitude des partis socialiste et communiste et de longues négociations pour que le Parlement nomme ses premiers juges et pour qu'on en arrive en 1956 à la première sentence. Depuis, le travail, le pouvoir et le prestige de cette institution n'ont fait que croître en Italie . Mais ceci est une autre histoire. Ici, il ne s'agissait que d'en illustrer les débuts.