



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER 2/2024

Giacomo Delledonne

**La composition de la Cour constitutionnelle italienne :
cadre juridique et influences politiques**

Scuola Superiore Sant'Anna

Pisa

<http://stals.sssup.it>

ISSN: 1974-5656

Editors

Paolo Carrozza (+)
Giuseppe Martinico
Giacomo Delledonne
Filippo Fontanelli

This page was intentionally left blank

La composition de la Cour constitutionnelle italienne : cadre juridique et influences politiques

Giacomo Delledonne

Abstract

Cette contribution vise à réfléchir aux origines et aux lignes d'évolution du système de règles concernant la composition de la Cour constitutionnelle italienne. Pour ce faire, l'article prend en compte le cadre de droit positif ainsi que la pratique des acteurs institutionnels et politiques impliqués : dans la lignée de Paolo Carrozza, le rôle d'une cour constitutionnelle se dégage tant des règles que d'un contexte élargi, dans lesquels s'inscrivent la structure globale de l'ordre juridique ou encore le régime politique. Dans les conclusions, l'article s'arrête sur certains problèmes ouverts et sur l'intérêt que le modèle italien peut revêtir dans une perspective comparée.

Keywords: Cour constitutionnelle italienne, modèle européen de justice constitutionnelle, constitutional design, conventions de la Constitution

La composition de la Cour constitutionnelle italienne : cadre juridique et influences politiques

Giacomo Delledonne*

1. Introduction

« Une assemblée multiforme, un mélange invraisemblable de juges et de politicards, de hauts personnages et d'avocailles (certainement pas des juristes) qui doivent accepter ou ramasser des voix de la part des partis pour être élus ... le mélange le plus curieux d'électorisme, d'esprit de praticien et très certainement, du moins en partie, d'incompétences ». Ces mots si méprisants furent prononcés à l'Assemblée constituante italienne le 28 novembre 1947, pendant la discussion du projet de Constitution en séance plénière, par Francesco Saverio Nitti, économiste, président du Conseil de 1919 à 1920, élu à la Constituante en 1946 dans les listes de l'Union démocratique nationale¹.

Quelques mois après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, Costantino Mortati, protagoniste des débats à l'Assemblée constituante qui siégera lui-même à la Cour constitutionnelle de 1960 à 1972, soupesait le défi auquel seraient confrontés les membres de cette institution tout à fait inédite : « ils doivent réunir des qualités qui ne vont pas facilement ensemble : la profondeur de la culture juridique et la maîtrise complète de toutes les ressources et subtilités de la technique juridique, et en même temps la connaissance de l'histoire et des institutions constitutionnelles des pays de civilisation européenne ; une indépendance totale vis-à-vis des acteurs politiques, mais également une information précise sur la position de toutes les formations politiques, leur raison d'être, leurs programmes, leur poids, la conscience des aspirations populaires, des termes des problèmes sociaux qui émergent dans la conscience des multitudes »².

Il est difficile d'imaginer deux évaluations plus divergentes que celles-ci : en représentant du vieux monde libéral qui s'était effondré après 1922 et peinait à s'adapter aux réalités du régime des partis issu de la Résistance³, Nitti se méfiait vertement d'une institution qui était en rupture avec la tradition du parlementarisme libéral, alors que Mortati assumait pleinement l'envergure de son rôle, sans se cacher par ailleurs sa difficulté. En même temps, Nitti et Mortati évoquaient tous les deux la

* Chercheur en droit constitutionnel à la Scuola Superiore Sant'Anna de Pise. Adresse courriel : giacomo.delledonne@santannapisa.it. Cet article sera publié sous forme réduite dans les actes du colloque international *La composition des juridictions constitutionnelles – Défis démocratiques, enjeux juridiques et politiques – Perspectives comparées* (Université Paris-Panthéon-Assas, 30 et 31 mars 2023). Je souhaite exprimer ma gratitude à Charlotte Denizeau-Lahaye.

¹ Cf. R. ROMANELLI, *L'Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Roma-Bari, Laterza, 2023, p. 151.

² C. MORTATI, « La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità » (1949), dans *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 683 et s.

³ Cf. P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, nouvelle édition, Bologna, il Mulino, 1997, p. 206-207 ; P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 220-221.

part de nouveauté caractérisant la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire sa nature mixte, à la croisée du juridique et du politique conçus au sens large. Ce caractère bicéphale de la Cour découle avant tout des règles, constitutionnelles ou législatives, sur sa composition et son organisation. Les portraits-robots du juge constitutionnel, esquissés par Nitti et par Mortati afin respectivement de démolir ce nouvel organe ou d'élucider la signification de sa tâche dans l'ordre constitutionnel, témoignent de l'importance de ces règles. La question de la composition de la Cour constitutionnelle est étroitement liée à celle de sa légitimité ; la légitimité de la Cour constitutionnelle, à son tour, est en lien avec les fonctions que celle-ci est appelée à remplir, notamment le contrôle de constitutionnalité des lois⁴.

Or, la composition de la Cour constitutionnelle doit être appréhendée dans toute sa complexité. À bien y regarder la question de la composition de la Cour est plutôt la résultante de plusieurs sous-questions⁵. Il s'agit, en premier lieu, de s'interroger sur les sources compétentes pour régler la structure de la Cour : les dispositions constitutionnelles peuvent bien être complétées par la loi. Ce n'est pas qu'un problème formel, car la stabilité de la discipline ainsi que l'ampleur du consensus politique sous-jacent tiennent évidemment aux décisions préliminaires sur les sources compétentes pour régler telle ou telle question. À côté d'actes pour ainsi dire hétéronomes, il peut subsister des marges pour des sources autonomes, notamment le règlement général de la Cour constitutionnelle, ou encore pour la pratique des acteurs institutionnels. Il faut se tourner, en deuxième lieu, vers le mode de sélection des juges constitutionnels : cela revient à s'interroger sur les conditions à remplir pour accéder à ce poste, sur les autorités impliquées dans la sélection des juges et sur les règles définissant les contours de cette procédure. Il convient, en troisième lieu, de prendre en compte le statut du juge constitutionnel : il s'agit là d'une définition générale, dont relèvent, par exemple, les garanties d'indépendance des membres de la Cour, les régimes des incompatibilités et des immunités ou encore la discipline de l'abstention et de la récusation des juges. Le dernier nœud à dénouer est l'organisation interne de la Cour, à partir de la désignation et des attributions de son président. Ensuite, l'analyse peut s'orienter vers la *forme de gouvernement* de la Cour constitutionnelle, en entendant par là les relations entre le président et les autres juges, « dans le cadre tant du processus de prise de décision ... que, de manière plus générale, du fonctionnement de l'institution »⁶.

⁴ G.L. CONTI, « Art. 135 », dans R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 2623.

⁵ Cf. G. GUZZETTA, « Relazione introduttiva », dans A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (dir.), *La composizione della Corte costituzionale, Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 6-7 ; G.L. CONTI, « Art. 135 », *op. cit.*, p. 2626-2627. Pour une mise en perspective comparée, voy. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021, p. 459-592.

⁶ P. PASSAGLIA, « La problematica definizione della "forma di governo" della Corte costituzionale », *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 569.

L'objectif de cette contribution n'est pas tant d'offrir un tableau exhaustif de tous les problèmes relatifs à la composition de la Cour constitutionnelle italienne, mais plutôt de réfléchir aux origines d'un modèle et à ses lignes d'évolution. Pour ce faire, nous prendrons dûment en compte le cadre de droit positif ainsi que la pratique des acteurs institutionnels et politiques impliqués : dans la lignée de Paolo Carrozza, nous estimons que le rôle d'une cour constitutionnelle se dégage tant des règles que d'un contexte élargi, dans lesquels s'inscrivent la structure globale de l'ordre juridique ou encore le régime politique⁷. Dans les conclusions, nous nous arrêterons sur certains problèmes ouverts et sur l'intérêt que le modèle italien peut revêtir dans une perspective comparée.

2. Le cadre constitutionnel et législatif

La discipline constitutionnelle et législative de la composition de la Cour (il en va de même pour ses fonctions) est relativement désordonnée. Disposition constitutionnelle de référence dans ce domaine, l'art. 135 n'est pas exhaustif. Alors que l'art. 135 spécifie le nombre de juges dont est composée la Cour, la durée de leur mandat, les qualifications professionnelles requises pour être nommé à ce poste et la titularité du pouvoir de nomination, l'art. 137 s'en remet à la législation successive, soit constitutionnelle soit législative, pour traiter d'autres questions, notamment les garanties d'indépendance des juges constitutionnels ainsi que « les autres normes nécessaires à l'établissement et au fonctionnement de la Cour ».

Restons-en pour l'instant au texte de la Constitution. L'art. 135 nous dit que la Cour constitutionnelle est composée de quinze juges, nommés pour un tiers par le président de la République, pour un tiers par le Parlement réuni en séance conjointe et pour un tiers, enfin, par les juridictions suprêmes, ordinaire et administratives. Ces juges sont choisis parmi les magistrats des juridictions suprêmes – judiciaire ou administrative –, les professeurs universitaires de matières juridiques et les avocats ayant exercé leur profession pendant au moins vingt ans.

La composition de la Cour est donc « doublement mixte »⁸ ; alors que les règles sur les conditions à remplir pour être nommé au poste de juge constitutionnel répondent à une exigence « technico-juridique », les dispositions régissant la procédure de nomination des juges reflètent des considérations de nature « politico-institutionnelle »⁹. Cette composition « doublement mixte » est la résultante des compromis qui caractérisèrent les travaux de l'Assemblée constituante entre 1946 et

⁷ Cf. P. CARROZZA, « La giustizia costituzionale e i suoi modelli : il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito », dans P. COSTANZO (dir.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 451.

⁸ P. PASSAGLIA, « La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale italiana », dans P. PASSAGLIA (dir.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina/Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 31.

⁹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 127.

1947¹⁰. Ces débats démontrent que la question de la composition de la Cour interpelle aussi bien la légitimation de cet organe à l'intérieur de l'ordre constitutionnel que la reconstruction des fonctions et du rôle qu'il est censé remplir¹¹.

Profondément influencés par la culture institutionnelle jacobine, les partis de gauche, notamment le Parti communiste italien, étaient se méfiaient ouvertement du dispositif juridique entièrement nouveau qu'était le contrôle de constitutionnalité des lois¹². Ils finirent par l'accepter à la condition que tous les juges de la Cour constitutionnelle soient élus par le Parlement réuni en Assemblée nationale. Aux termes de l'art. 127 du projet de Constitution élaboré par la Commission dite des soixante-quinze de l'Assemblée constituante, la Cour serait composée pour moitié de magistrats, pour un quart d'avocats et de professeurs de droit et pour un quart de citoyens éligibles à des fonctions politiques¹³. Le projet de Constitution ne spécifiait pas le nombre des juges constitutionnels. Au cours du débat, le constituant libéral Gaetano Martino dénonça les risques sous-jacents à cette omission, en évoquant les tentations de *court-packing* lors du conflit entre la Cour suprême des États-Unis et le président Franklin D. Roosevelt : « Il me semble absolument indispensable que le nombre des juges soit déjà établi dans la Constitution »¹⁴. Si l'on compare le texte du projet de Constitution et l'art. 135 de la Charte finalement entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948, on se rend compte que des modifications importantes furent apportées afin de juridictionnaliser cet organe situé en quelque sorte à mi-chemin entre le juridique et le politique. D'un côté, tous les juges constitutionnels doivent être juristes, sans quotas prédéterminés pour les avocats, les professeurs ou les magistrats ; de l'autre côté, le Parlement n'a pas le monopole des désignations, celles-ci étant réparties entre les Chambres, le chef de l'État et les juridictions suprêmes¹⁵.

Cette « tripartition du pouvoir de nomination »¹⁶ ne reflète pas la théorisation traditionnelle de la séparation des pouvoirs. Alors que le président de la République ne fait pas partie, à proprement parler, du pouvoir exécutif, les juridictions suprêmes « ne représentent pas l'ensemble du pouvoir

¹⁰ Cf. F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1996, p. 33. À propos de l'idée que la Constitution de la République italienne serait le produit d'un compromis, voy. E. CHELI, « Il problema storico della Costituente », dans *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 40-46 ; P. RIDOLA, « L'esperienza costituente come problema storiografico : bilancio di un cinquantennio », *Quaderni costituzionali*, 1998, p. 241-269 ; M. FIORAVANTI, « Il compromesso costituzionale. Riflessione sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana », sur www.astrid-online.it, 2008.

¹¹ G.L. CONTI, « Art. 135 », *op. cit.*, p. 2623.

¹² Cf. P. PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana (1892-1974)*, Roma, Savelli, 1975, p. 106-112.

¹³ Cf. G. VOLPE, « La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti », *Il Foro italiano*, 2006, 5^e partie, p. 308.

¹⁴ Séance n° 287 du 11 novembre 1947, p. 1971.

¹⁵ Cf. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, p. 141-144 ; C. TRIPODINA « Immaginare un giudice nuovo. La Corte costituzionale, i suoi strumenti, i suoi limiti », dans F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (dir.), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, FrancoAngeli, 2018, p. 304-308.

¹⁶ A. PIZZORUSSO, « Art. 135 », dans G. BRANCA (dir.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1981, p. 147.

judiciaire, mais seulement une partie de celui-ci »¹⁷. Le sens de cette distribution du pouvoir de désigner les juges constitutionnels est que la Cour devrait être « un organe où peuvent se rejoindre des expériences et des tendances différentes », cette diversité l'aidant à remplir convenablement ses fonctions¹⁸. Le portrait-robot dessiné par Mortati en 1949 n'est pas sans lien avec cette configuration du processus de nomination des juges constitutionnels.

La durée du mandat de juge constitutionnel est de neuf ans : c'est le mandat le plus long parmi les titulaires des organes constitutionnels¹⁹. La Constitution exclut expressément qu'un juge constitutionnel puisse être nommé une seconde fois après la fin de son mandat. Ces normes constitutionnelles ont pour but de conforter l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir politique : tout comme le Président de la République, que l'art. 87 de la Constitution qualifie de chef de l'État représentant l'unité nationale, les juges constitutionnels ont devant eux un horizon temporel plus long que la durée de la législature²⁰. Dès lors que les Chambres sont élues pour cinq ans, il est relativement improbable que cinq juges soient renouvelés au fil d'une législature. Ce problème se pose plutôt en cas de réélection du Président de la République pour un second mandat de sept ans ; alors que certains avaient évoqué une interdiction de réélection enracinée dans une coutume constitutionnelle, les réélections du président Giorgio Napolitano en 2013 comme de son successeur Sergio Mattarella en 2022 ont quelque peu normalisé cette éventualité.

L'art. 135 avait établi certains principes, mais plusieurs aspects de détail restaient à élucider. D'où l'importance d'une discipline complémentaire, de rang constitutionnel ou législatif, pour préciser par exemple les quorums requis pour l'élection de cinq juges de la part du Parlement réuni en séance conjointe. Or, cette œuvre de spécification des prescriptions constitutionnelles fut relativement soufferte et lente. Ces hésitations s'inscrivent, à certains égards, dans une ligne d'(in)action que les critiques, dans le sillage de Piero Calamandrei, qualifièrent d'*obstructionnisme majoritaire* : sur fond des tensions internes et internationales liées à la guerre froide, la Démocratie chrétienne, contrôlant une large majorité des sièges tant à la Chambre des députés qu'au Sénat, ne s'empressa pas de mettre en œuvre certaines innovations marquantes du nouveau cadre constitutionnel, notamment le Conseil supérieur de la magistrature, les régions et bien évidemment la Cour constitutionnelle. Or, des analyses successives ont porté une appréciation plus nuancée de ces événements. Ayant traîné sur toute la durée de la première législature, la longueur du processus de

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Dans sa formulation initiale, avant l'adoption de la loi constitutionnelle n° 2 du 22 novembre 1967, l'art. 135 prévoyait un mandat de douze ans et un système plutôt compliqué de renouvellements partiels de la composition de la Cour.

²⁰ En cohérence avec leur conception de l'architecture institutionnelle, les partis de gauche avaient demandé que la durée du mandat des juges constitutionnels coïncide avec la durée de la législature (cf. G. VOLPE, « La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti », *op. cit.*, p. 308).

confection de la loi constitutionnelle et de la loi ordinaire mentionnées à l'art. 137 ne saurait s'expliquer exclusivement par des tactiques dilatoires ; loin de là, les débats parlementaires furent marqués par l'émergence de « différends réels et profonds, ayant trait au rôle de la Cour et à ses relations avec les organes constitutionnels en charge des orientations politiques »²¹. Rien de surprenant, alors, à ce que ces différends se soient notamment produits au sein même de la majorité centriste de l'époque.

Deux questions surtout retinrent l'attention du législateur, c'est-à-dire la détermination des quorums requis pour l'élection de cinq juges constitutionnels par le Parlement et l'ampleur réelle du pouvoir de nomination que l'art. 135 confère au président de la République (sur ce point v. *infra* sous 3). Certains représentants de la Démocratie chrétienne soutenaient que cette élection devait se faire à la majorité relative : cette thèse²² tirait profit du troisième alinéa de l'art. 64 de la Constitution, selon lequel « [I]les délibérations de chaque assemblée et du Parlement réuni en séance conjointe ne sont valides ... si elles ne sont adoptées à la majorité des présents, à moins que la Constitution ne prescrive une majorité spéciale ». Au vu du rapport de force, cela serait revenu à permettre à la majorité parlementaire de contrôler l'élection de tous les cinq juges nommés par le Parlement²³. Le législateur opta finalement pour des majorités renforcées : pour élire un juge constitutionnel, les voix des trois cinquièmes des députés et des sénateurs étaient requises lors des deux premiers scrutins, après quoi le quorum diminuait aux trois cinquièmes des votants. Cette solution, inscrite à l'art. 3 de la loi n° 87/1953, fut bientôt remise en cause. Au tout début de la 2^e législature, le sénateur à vie Luigi Sturzo proposa de revenir sur cette disposition législative, en remplaçant la règle de la majorité renforcée par celle de la majorité simple²⁴. Cette proposition ne fut pas accueillie mais témoigne de la relative précarité d'un mode d'élection réglementé au niveau législatif. En 1967, la loi constitutionnelle n° 2/1967 vint trancher ce débat, en constitutionnalisant l'exigence d'une majorité qualifiée et en l'élevant aux deux tiers puis aux trois cinquièmes des députés et des sénateurs²⁵.

3. La pratique institutionnelle

Après 1967, le cadre constitutionnel et législatif de référence a été stable. Nous allons maintenant nous tourner vers l'application de ces mêmes règles dans la *Constitution vivante*²⁶. Alors que les règles sont à peu près demeurées inchangées, le système politique a connu des inflexions

²¹ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 98.

²² Défendue, par ailleurs, par une partie de la doctrine : voy. notamment S. GALEOTTI, « In tema di deliberazioni del Parlamento in seduta comune », dans *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 873-912.

²³ Cf. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, op. cit., p. 98-99.

²⁴ Cf. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, op. cit., p. 177-179 ; G.L. CONTI, « Art. 135 », op. cit., p. 2623.

²⁵ Cf. G. D'ORAZIO, « Commento alla proposta di legge », *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, p. 579-580.

²⁶ C'est à Livio Paladin qu'on doit cette notion, englobant aussi bien le texte que les coutumes et conventions qui se développent à partir de son application.

importantes, notamment en 1993 et en 2013 : la *République des partis* a laissé la place à la tentative de fonder une démocratie majoritaire puis à un système politique « désinstitutionnalisé » où tous les repères traditionnels paraissent s'être effondrés²⁷. Cette instabilité politique a-t-elle influencé l'application de l'art. 135 ou de la loi n° 87/1953 ?

Il convient de commencer par le Parlement, « siège de la représentation politique nationale »²⁸, forcément plus sensible aux évolutions du système politique et de l'opinion. Dans la première phase de l'histoire de la République italienne, caractérisée par l'application d'un mode de scrutin rigide proportionnel et l'emprise d'un système politique très stable, la doctrine constata rapidement l'émergence de certaines règles conventionnelles, de véritables *conventions of the constitution* reconnues par les acteurs impliqués.

En premier lieu, aucun parti politique ne contrôlant à lui seul les trois cinquièmes des sièges au Parlement, des négociations étaient de rigueur. En deuxième lieu, après la faillite de la tentative d'imprimer une dynamique (modérément) majoritaire au système à la faveur de la *legge truffa*²⁹, cette exigence de négocier imposa aux partis de la majorité centriste, par ailleurs assez instable, de composer avec l'opposition et même avec le Parti communiste. À partir du rapport de force existant au sein des assemblées, un système informel de quotas prit forme, dans lequel chaque parti ou famille politique avait le droit de désigner un certain nombre de candidats au poste de juge constitutionnel. Deux juges étaient désignés par la Démocratie chrétienne, parti de majorité relative tout au long de la première phase de l'histoire républicaine et pivot incontournable de toutes les coalitions gouvernementales, alors que le Parti communiste, le Parti socialiste et les partis laïcs dits mineurs³⁰ avaient droit à la désignation d'un juge pour chacun. La droite monarchiste ou néofasciste, en revanche, était exclue de ces négociations³¹. D'après une troisième règle conventionnelle, le droit reconnu à chaque parti de désigner tel ou tel candidat au poste de juge de la Cour constitutionnelle ne valait pas droit de l'imposer unilatéralement aux autres partis³². Des candidatures perçues comme

²⁷ Voy. M. CARTABIA, N. LUPO, *The Constitution of Italy : A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2022, p. 20-25. À propos de la désinstitutionnalisation du système politique italien à partir des élections générales de 2013, voy. V. EMANUELE, A. CHIARAMONTE, « Going out of the ordinary. The de-institutionalization of the Italian party system in comparative perspective », *Contemporary Italian Politics*, 2020, p. 4-22.

²⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 106/2002.

²⁹ Cf. P. CALAMANDREI, « La Costituzione e le leggi per attuarla » (1955), dans P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, édition dirigée par M. Cappelletti, vol. 3, *Diritto e processo costituzionale*, Napoli, Morano, 1965, p. 526-528. À ce propos, on peut ajouter que « le processus d'institutionnalisation de la Cour revêt un intérêt particulier à deux égards, tous les deux décisifs pour éclairer les mécanismes régulatifs de l'histoire constitutionnelle de la République. ... il marque un tournant décisif dans le processus complexe d'option entre un principe régulateur majoritaire ou proportionnel » (F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, op. cit., p. 70).

³⁰ Cette formule englobait le Parti libéral italien, le Parti républicain italien et le Parti social-démocrate italien.

³¹ Cf. G. QUAGLIARIELLO, *La legge elettorale del 1953*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 136.

³² L'élection à la majorité des deux tiers puis des trois cinquièmes ayant été préférée à l'option du vote limité, la loi n° 87/1953 « met en valeur plutôt le moment de la négociation et du consensus que celui de la distinction, même dans la légitimation mutuelle, entre la majorité et la minorité » (F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, op. cit., p. 87). Les différences entre ces deux perspectives ont été particulièrement évidents dans les débats institutionnels espagnols entre

trop clivantes s'exposaient au risque de ne pas être acceptées. En 1955, le Parti communiste demandait à ne pas être exclu des négociations sur la désignation des juges de la première Cour, en mettant en avant le prestige de son candidat, le professeur Vezio Crisafulli, par ailleurs membre du Parti et conseiller de son secrétaire, Palmiro Togliatti³³. Afin de vaincre les résistances des autres groupes parlementaires, les communistes se résolurent finalement à replier, grâce à la médiation des présidents de la Chambre et du Sénat, sur un autre candidat à la connotation partisane plus faible, le professeur Nicola Jaeger³⁴. Il en fut de même en 1971 : après la fin du mandat du président de la Cour, Giuseppe Branca, il incombait au Parti socialiste de proposer un candidat à sa succession. Sur fond de crise de la majorité gouvernementale de centre-gauche, la candidature de Lelio Basso, ancien membre de l'Assemblée constituante et grande figure de l'aile gauche du Parti socialiste italien, se heurta aux résistances de nombreux parlementaires démocrates-chrétiens et fut finalement écartée.

En dépit de difficultés grandissantes, dont témoigne la lenteur du processus de désignation des juges constitutionnels par le Parlement, ces *conventions of the constitution* se sont maintenues jusqu'au début des années 1990. Après la fin de la guerre froide, l'affaissement du vieux système de partis et l'émergence d'une logique bipolaire suite aux réformes électorales de 1993, « les accords entre les nouvelles forces politiques ont semblé plus faibles et plus incertains »³⁵. Alors que les chefs de parti pouvaient bien s'accorder sur le fait que deux juges seraient désignés par la coalition de droite et deux autres par la coalition de gauche, quid du cinquième juge nommé par le Parlement ? Tout ceci sans oublier que les deux coalitions principales étaient assez hétéroclites en leur sein, ce qui n'allait pas faciliter la tâche des négociateurs. À partir de 2013, la montée en puissance de populismes antisystème, l'avènement du Mouvement Cinq Étoiles et la volatilité accrue du comportement électoral ont tous contribué à la dislocation du système politique et à la grande difficulté de parvenir à des accords entre des sujets politiques à l'existence précaire. Les vieilles règles conventionnelles ont vécu, mais de nouvelles ententes n'ont pas encore fait leur apparition. De plus en plus souvent, à défaut de critères partagés par l'ensemble des forces politiques, le Parlement tarde à désigner les juges qu'il lui incombe de nommer. Pour ne donner qu'un exemple, pas moins de trente-deux votations parlementaires ont été nécessaires, entre juin 2014 et décembre 2015, pour choisir le successeur du juge Luigi Mazzella, dont le mandat avait pourtant pris fin le 28 juin 2014. Dès lors qu'un juge dont le mandat est expiré ne peut être maintenu dans ses fonctions jusqu'à la nomination de son successeur,

2022 et 2023 : cf. à ce propos J.M. CASTELLA ANDREU, « Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España », *DPCE online*, n° 4/2022, p. 2263.

³³ Cf. L. PALADIN, « L'opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica », dans *Saggi di storia costituzionale*, éd. par S. BARTOLE, Bologna, il Mulino, 2008, p. 183-187 ; S. BARTOLE, « Militanza politica e scienza giuridica nei contributi di Vezio Crisafulli alla stampa comunista (1944-1955) », *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 29 juillet 2016, p. 5.

³⁴ Cf. P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 116-120.

³⁵ S. PANIZZA, « Corte, composizione e organizzazione », *Il Foro italiano*, 2006, 5^e partie, p. 312.

cette tendance apparemment irrésistible peut bien poser un problème : comme l'indique l'art. 16, 2^e alinéa, de la loi n° 87/1953, la Cour ne peut fonctionner que si onze juges sont présents.

Si l'implication du Parlement dans la nomination de cinq juges constitutionnels semble s'inspirer d'une logique de consensus entre les forces politique disposant d'une représentation, le rôle du président de la République est très souvent décrit en termes de rééquilibrage de la composition de la Cour. Cette interprétation s'appuie avant tout sur l'art 1 de la loi n° 87/1953 : si plusieurs postes de juge constitutionnels restent vacants au même moment, les nominations présidentielles ne peuvent intervenir qu'après que le Parlement ou les juridictions suprêmes ont procédé aux nominations qui leur incombent. D'un autre point de vue, tant la doctrine constitutionnaliste que les analyses de la pratique institutionnelle ont bientôt estimé que « la plupart des désignations des personnalités les plus prestigieuses sur le plan culturel »³⁶ sont venues du chef de l'État. Cependant, cette œuvre de rééquilibrage ainsi que la très haute qualité de nombreuses désignations présidentielles sont d'abord le produit de choix décisifs du législateur ordinaire.

Au cours de la discussion sur la loi d'application de l'art. 135 de la Constitution, la question de la titularité matérielle du pouvoir de nomination de cinq juges constitutionnels, que la Charte fondamentale avait attribué au président de la République, se posa dans toute son ampleur. Or, en vertu de l'art. 89 de la Constitution, aucun acte du chef de l'État n'est valide sans le contreseing du ministre « l'ayant proposé », mais l'interprétation majoritaire est quand même parvenue à la conclusion qu'il s'agit plutôt du contreseing du ministre compétent en telle ou telle matière³⁷. En régime républicain, le contreseing recouvre la quasi-totalité des actes présidentiels, indépendamment de la titularité matérielle du pouvoir de déterminer le contenu de tel ou tel acte. On parlera donc d'actes « formellement présidentiels », « matériellement présidentiels » ou encore d'actes complexes. Qu'en est-il de la nomination de cinq juges de la Cour constitutionnelle ? En 1951, le député démocrate-chrétien Luigi Camillo Fumagalli déposa un amendement selon lequel les décrets présidentiels portant nomination des juges constitutionnels seraient adoptés sur la proposition du ministre de la justice. C'était assigner au gouvernement, donc à la majorité, le contrôle sur la désignation du tiers de la composition de ce nouvel organe. À la suite de l'opposition des groupes de droite, de gauche et même du centre modéré, l'amendement Fumagalli ne fut finalement pas retenu³⁸. Dans une note confidentielle adressée au ministre de la justice, le président Luigi Einaudi avait même menacé de démissionner au cas où le texte approuvé par les assemblées aurait repris l'amendement

³⁶ A. PIZZORUSSO, « Art. 135 », *op. cit.*, p. 152.

³⁷ Voy. l'arrêt n° 200/2006 de la Cour constitutionnelle.

³⁸ Cf. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 185-194.

Fumagalli : Einaudi, en effet, ne souhaitait pas promulguer une pareille loi « en raison de l'obligation de transmettre intacts [à son] successeur les pouvoirs prévus par la constitution »³⁹.

La nomination de cinq juges constitutionnels fait donc partie, au même titre que la nomination des sénateurs à vie ou le pouvoir de grâce, des pouvoirs matériellement présidentiels. C'est au chef de l'État qu'il incombe de choisir ces cinq juges, le contresaignant du président du Conseil faisant office d'attestation de la régularité de la procédure. La pratique institutionnelle successive a largement confirmé la validité persistante de cette interprétation des relations entre le président de la République et le président du Conseil. Pourtant, des conflits ou des remises en cause ont bien pu faire surface de temps à autre. D'un côté, le président Francesco Cossiga, en poste de 1985 à 1992, a parfois reporté la nomination de juges constitutionnels afin que le décret ne doive être contresigné par un président du Conseil démissionnaire : « Cela revient, pour le Chef de l'État, à se placer en situation de compétence liée vis à vis du gouvernement, de telle sorte que, en bout de chaîne, c'est au Parlement, devant qui ce dernier est responsable, et aux partis qui en sont maîtres, que sont transférés les pouvoirs de nomination présidentiels »⁴⁰. En 2005, de l'autre côté, la nomination de trois nouveaux juges, dont Sabino Cassese et Giuseppe Tesaurò, aurait été à l'origine d'échanges très tendus entre Carlo Azeglio Ciampi et le président du Conseil de l'époque, Silvio Berlusconi, qui revendiquait un pouvoir de codécision lors de la désignation des juges constitutionnels⁴¹.

Il reste à spécifier comment les présidents qui se sont succédé ont interprété cette œuvre de rééquilibrage qui devrait être la leur. Celle-ci a consisté, avant tout, à nommer des juristes proches de familles politiques qui avaient été exclues des négociations entre les groupes parlementaires : les présidents de la République ont donc pu se tourner vers des personnalités proches de la droite⁴² ou du Parti social-démocrate italien, qui paraissait avoir été pénalisé dans la rotation entre les partis du centre dit laïc⁴³. À d'autres occasions, ce souci de rééquilibrage a amené le chef de l'État, parfois discrètement sollicité par la Cour elle-même, à y nommer des spécialistes de domaines considérés comme sensibles, par exemple la procédure pénale ou le droit fiscal⁴⁴. Enfin, c'est avant tout le

³⁹ Cf. A. BURATTI, « “Preferirei di no”. Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell'Archivio storico del Quirinale », *Diritto e società*, 2014, p. 207.

⁴⁰ J.-C. ESCARRAS, « Italie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1988, p. 170; voy. également A. PIZZORUSSO, « L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1985-86 », *Il Foro italiano*, 1986, 5^e partie, p. 422 ; A. PIZZORUSSO, « L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1987-88 », *Il Foro italiano*, 1988, 5^e partie, p. 391-392.

⁴¹ Cf. E. SCALFARI, « Peggio del McCarthy di sessanta anni fa », *la Repubblica*, 14 mars 2010.

⁴² Cf. P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 127-129.

⁴³ Cf. A. PIZZORUSSO, « Art. 135 », *op. cit.*, p. 152.

⁴⁴ Cf. G.L. CONTI, « Art. 135 », *op. cit.*, p. 2633.

président de la République qui s'est chargé du rééquilibrage du genre dans une institution n'ayant connu que des juges hommes dans ses premières quatre décennies d'activité⁴⁵.

L'élection des cinq derniers juges par les juridictions suprêmes se caractérise, enfin, fondamentalement par un certain réflexe corporatiste : alors que le Parlement ainsi que le chef de l'État ont tour à tour désigné des professeurs, des avocats ou même de hauts magistrats, chacune des trois juridictions impliquées dans ce processus⁴⁶ a invariablement choisi l'un des siens, sans pour autant y être contrainte par la Constitution ou la loi. Pour les juges issus de la Cour de cassation, du Conseil d'État ou de la Cour des comptes, l'appartenance professionnelle semble avoir compté beaucoup plus que les orientations culturelles ou politiques au sens large⁴⁷.

4. L'élection du président de la Cour

En vertu de l'art. 135, 5^e alinéa, de la Constitution, la Cour élit son président parmi ses juges. Le président est élu pour trois ans et la réélection est admise. Des règles spécifiques ont été dictées par la loi n° 87/1953. Le président est élu au scrutin secret, une majorité absolue des juges étant requise lors des premiers deux scrutins. Si aucun candidat ne rassemble un nombre suffisant de suffrages, il y a lieu à un ballottage pour départager les deux candidats les plus votés. Afin d'assurer cette exigence de secret, les juges scrutateurs détruisent les bulletins de vote après la proclamation du président élu (art. 7 du règlement général de la Cour).

À la différence d'autres organes de justice constitutionnelle en Europe – c'est notamment le cas du Tribunal constitutionnel fédéral allemand et, bien évidemment, du Conseil constitutionnel français – le président de la Cour italienne est élu *parmi* les juges et *par* les juges eux-mêmes. Cette désignation « endogène »⁴⁸ du président est censée asseoir l'indépendance et le caractère collégial de la juridiction constitutionnelle. Ce pouvoir n'étant pas confié au pouvoir politique, par exemple aux Chambres ou au chef de l'État, il incombe aux juges de choisir leur propre président⁴⁹. Le secret dont est entouré le résultat de la votation, et qui n'a d'égal que la discipline du conclave pour l'élection du

⁴⁵ Cf. G. GRASSO, « Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico », dans S. STAIANO, G. FERRAIUOLO, A. VUOLO (dir.), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 73-74.

⁴⁶ C'est encore le législateur ordinaire qui a spécifié que trois juges sont nommés par la Cour de cassation, alors que le Conseil d'État et la Cour des comptes en désignent un pour chacun (art. 2, 1^{er} alinéa, de la loi n° 87/1953).

⁴⁷ Cf. E. ROSSI, S. VUOTO, « I giudici della Corte costituzionale di nomina delle supreme magistrature », dans P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (dir.), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 365-367.

⁴⁸ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, op. cit., p. 664.

⁴⁹ Dans deux avis respectivement destinés à la Hongrie et à la Pologne, la Commission de Venise du Conseil de l'Europe a qualifié de bonne pratique l'élection du président de la juridiction constitutionnelle par les juges eux-mêmes : il y a là une « formule considérée en général comme préservant mieux l'indépendance de la Cour » (CDL-AD(2011)016, *Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie*, par. 94), « même si une étude comparative montre qu'il n'existe aucune norme européenne définitive en la matière » (CDL-AD(2016)026, *Pologne – Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel*, par. 26).

souverain pontife⁵⁰, est censé conforter l'esprit collégial de la Cour. Le président n'est pas désigné depuis l'extérieur, mais plutôt par ses pairs : les querelles politiques, notamment de la politique des partis, devraient y peser moins lourd que des préoccupations toutes internes à l'institution⁵¹. De plus la formulation de l'art. 135 autorise à penser que la durée d'une présidence, en dépit de la possibilité d'une réélection, est normalement plus brève que la durée du mandat de chaque juge⁵². C'est dire que les règles constitutionnelles, législatives et internes envisagent plutôt un *primus inter pares* qu'un président fort, comme on en connaît aux États-Unis ou même en Allemagne. Cette caractérisation du président de la Cour italienne est d'autant plus significative que celui-ci dispose d'attributions importantes, parmi lesquelles se détachent la désignation du rapporteur de chaque affaire et la fixation du calendrier des travaux. Cette orientation s'inscrit dans une certaine tendance au minimalisme qui caractériserait la Cour constitutionnelle et ferait sa spécificité dans les analyses comparées⁵³.

Encore une fois, deux constats empiriques, basés sur l'observation de la pratique, permettent de mieux comprendre l'évolution qu'a connue la forme de gouvernement de la Cour. En premier lieu, entre 1956 et 1990, de sa fondation jusqu'à la résorption de son arriéré, la Cour a eu quatorze présidents, alors que trente-trois autres présidents se sont succédé depuis 1990. Parmi ces derniers, neuf ont été en poste moins de six mois. La presse à scandale explique cette donnée par le fait que le plus grand nombre de juges constitutionnels, grâce à un passage par la présidence de la Cour, pourrait ainsi accéder aux prétendus avantages matériels associés à ces fonctions ; or, il n'en est rien⁵⁴. Cette succession de présidences brèves ou très brèves s'explique plutôt par le souhait de mettre en valeur le caractère collégial de la Cour ainsi que par une forme de méfiance à l'égard de leaderships trop forts. Des présidences excessivement courtes, d'autre part, peuvent bien faire l'objet de critiques en ce qu'elles peuvent affecter le bon fonctionnement de la Cour.

En second lieu, avant 1987, les présidents avaient toujours été choisis parmi les jugés nommés par le Parlement ou par le chef de l'État. À partir de 1987, plusieurs juges nommés par la Cour de

⁵⁰ Cf. P. PASSAGLIA, « La problematica definizione della “forma di governo” della Corte costituzionale », *op. cit.*, p. 579. Cependant, cette exigence de secret n'est pas toujours respectée de façon scrupuleuse (voy. S. PANIZZA, « La (disomogenea) prassi dei comunicati stampa relativi all'avvenuta elezione del Presidente della Corte costituzionale italiana », *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n° 1/2023, p. 33-40).

⁵¹ C'est pourquoi les conflits internes, notamment le tollé suscité par l'élection du président Francesco Saja en 1987 et la démission, quelques jours après, du juge Giuseppe Ferrari, occupent une place relativement modeste dans l'autoreprésentation de la Cour. Cette affaire, en revanche, est bien connue de la doctrine française, qui y fait parfois référence pour mettre l'accent sur les imperfections du modèle italien (cf. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 665-666).

⁵² Ce n'est pas par hasard que l'article 135 fut modifié par la loi constitutionnelle n° 2/1967 : initialement indéterminée la durée du mandat du président fut fixée à quatre ans par la loi n° 87/1953, puis à trois ans par cette importante révision constitutionnelle (cf. P. PASSAGLIA, « La problematica definizione della “forma di governo” della Corte costituzionale », *op. cit.*, p. 580-581).

⁵³ Cf. A. VON BOGDANDY, D. PARIS, « La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il *Bundesverfassungsgericht* », *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 12-13.

⁵⁴ Cf. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 142 ; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, 5^e édition, Torino, Giappichelli, 2016, p. 59.

cassation ou par le Conseil d'État ont été élus à la présidence de la Cour, parfois pour des périodes relativement longues⁵⁵. Cette tendance reflète probablement un décalage croissant entre la Cour et les forces politiques représentées au Parlement ; sur fond d'une crise quasi permanente du système politique, la Cour a souvent accordé la priorité à sa composante spécifiquement technico-juridique⁵⁶ tout en s'employant à nouer un dialogue direct avec l'opinion publique. Dans le cadre de ce dialogue, ce sont justement les présidents de la Cour qui ont le plus souvent joué les premiers rôles⁵⁷.

5. Des tentatives de réforme

En dépit des incertitudes des premières années, le cadre constitutionnel et législatif a été très stable et aucune modification n'a été approuvée après 1967. Comme nous venons de le constater (cf. *supra* sous 3), cette stabilité des règles est d'autant plus significative que le paysage politique et même la structure du système politique ont beaucoup changé au fil des décennies. Cela ne signifie pas pour autant que des propositions de réforme, parfois significatives, n'aient pas été formulées de temps à autre. Faute d'une véritable discussion au niveau politique sur la discipline du procès constitutionnel ou sur l'opportunité d'intervenir sur les outils décisionnels dont dispose la Cour⁵⁸, la plupart des propositions de réforme se sont concentrées sur la titularité du pouvoir de nomination des juges. Les critères de nomination, en revanche, n'ont guère suscité de controverse.

Au début des années 1970, au lendemain des tensions suscitées par la candidature avortée de Lelio Basso, le Parti socialiste italien déposa une proposition de loi constitutionnelle tendant à changer le système de nomination du tiers de la composition de la Cour : les juridictions suprêmes étant accusées de conservatisme structurel et de ne pas représenter à elles seules les orientations politico-culturelles du pouvoir judiciaire⁵⁹, cette proposition socialiste allait dans le sens d'élargir le droit de vote et d'éligibilité à l'ensemble des magistrats des juridictions judiciaire et administrative⁶⁰.

À partir des années 1980, la question de la composition de la Cour a très souvent été abordée dans le cadre du débat sur la réforme du Sénat. Alors que beaucoup d'observateurs conviennent de la nécessité d'en finir avec un modèle bicaméral symétrique et parfait, aucune des pistes de réforme

⁵⁵ À la date d'aujourd'hui, aucun juge issu de la Cour des comptes n'est devenu président de la Cour constitutionnelle.

⁵⁶ Cf. P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, op. cit., p. 155-156.

⁵⁷ Voy. R. ROMBOLI, « Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità », *Quaderni costituzionali*, 2023, p. 45-72.

⁵⁸ Cf. R. BIN, « Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone », *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 758-759.

⁵⁹ Pour des repères sur l'évolution de la magistrature italienne après la seconde guerre mondiale, voy. E. BRUTILIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018 ; E. ANTONUCCI, *La repubblica giudiziaria. Una storia della magistratura italiana*, Venezia, Marsilio, 2023.

⁶⁰ Cf. G. AMATO, F. BASSANINI, « La Corte costituzionale, un istituto da riformare », *Politica del diritto*, 1971, p. 815.

envisagées n'a été en mesure de s'imposer de façon décisive⁶¹. Si l'on s'oriente vers la transformation du Sénat de la République en assemblée représentative des collectivités régionales voire locales, le problème se pose, pour certains, de réserver à un Sénat finalement « régional »⁶² la désignation d'une partie des juges constitutionnels. En 1997, le texte licencié par la Commission bicamérale pour les réformes constitutionnelle présidée par Massimo D'Alema comprenait une Cour constitutionnelle de vingt juges, dont cinq seraient élus par un collège de représentants des communes, des provinces et des régions intégrant le Sénat réuni en session spéciale. Vers la fin de la quatorzième législature, le texte approuvé par la majorité parlementaire de droite et rejeté par le corps électoral lors du référendum des 25 et 26 juin 2006 prévoyait que sept des quinze juges de la Cour seraient nommés par les Chambres, dont trois par la Chambre des députés et quatre par l'autre assemblée, rebaptisée Sénat fédéral de la République. Au cours de la dix-septième législature, enfin, le projet de révision porté par le gouvernement Renzi envisageait un Sénat principalement composé de représentants des collectivités infra-étatiques, auquel il incomberait de nommer deux juges constitutionnels.

Ces tentatives de modifier la Constitution ont toutes échoué, soit à cause de dissensions entre les partis politiques soit à cause de la victoire du camp du non lors des référendums constitutionnels de 2006 et de 2016. Bien que la composition de la Cour constitutionnelle ne soit pas au cœur de ces débats, les propositions tendant à modifier l'art. 135 de la Constitution n'en ont pas moins suscité des réactions critiques. L'attribution du pouvoir de désigner un certain nombre de juges à un Sénat désormais « régional » semblait sous-entendre l'idée que ceux-ci seraient les représentants des intérêts régionaux à l'intérieur de la Cour. Il s'agissait même, pour certains, de contrecarrer le penchant pro-étatique de la jurisprudence constitutionnelle. Les arguments soutenant ces hypothèses réformatrices ont pour la plupart été rejetés. Comme nous l'avons déjà indiqué (cf. *supra* sous 2), la composition mixte de la Cour ne correspond pas aux conceptions traditionnelles de la tripartition des pouvoirs ; dans le même esprit, les juges constitutionnels ne siègent pas en tant que représentants du Parlement ou des juridictions suprêmes. Il serait donc inapproprié d'envisager l'introduction de représentants régionaux au sein de la Cour⁶³. Si l'on adopte le point de vue du droit comparé, en revanche, la participation des collectivités fédérées à la sélection des juges des cours

⁶¹ Cf. A. LUCARELLI, « Le Sénat italien : suppression ou transformation ? L'institution du Sénat républicain (1948-1948) », *Pouvoirs*, n° 159, 2016, p. 109-121.

⁶² Aux termes du premier alinéa de l'art. 57 de la Constitution, le Sénat de la République « est élu sur une base régionale ». À l'Assemblée constituante, après la défaite des tenants de l'hypothèse d'un Sénat représentant les régions, « il ne resta dans le projet constitutionnel présenté le 31 janvier 1947 qu'une faible référence ambiguë à l'élection des membres du Sénat de la République sur une base régionale. Cette affirmation de principe ne fit l'objet d'aucune réelle considération et ne se traduisit par aucune application concrète » (A. LUCARELLI, « Le Sénat italien », *op. cit.*, p. 110-111).

⁶³ Cf. p. ex. A. CARDONE, « La composizione della Corte costituzionale, tra riforme "dirette", "indirette" e mancate », *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 23-27 ; G. LANEVE, « La riforma "Renzi-Boschi" e la Corte costituzionale : alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici "parlamentari" e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo », *Rivista AIC*, n° 4/2016, p. 7-10.

constitutionnelles ou des cours suprêmes est admise dans nombre de systèmes fédéraux ou régionaux, sans que cela ne porte atteinte au prestige de ces institutions⁶⁴.

6. Le modèle italien en perspective comparée

Il s'agit maintenant d'évaluer la spécificité du modèle italien à l'aune du droit comparé. D'un côté, l'art. 135 de la Constitution ainsi que la loi n° 87/1953 nous permettent de ranger la Cour constitutionnelle italienne parmi les juridictions de la famille européenne ou kelsénienne, dont les caractères marquants sont la centralisation et la spécialisation⁶⁵. À l'intérieur de la famille des juridictions constitutionnelles de type européen ou kelsénien, Maartje de Visser a identifié trois modèles principaux de sélection des juges constitutionnels⁶⁶.

Dans le premier modèle, les membres de l'organe de justice constitutionnelle sont désignés, dans leur globalité, par l'assemblée législative. Au sein de cette catégorie, plusieurs sous-catégories peuvent être identifiées, suivant la structure monocamérale ou bicamérale de l'organe législatif, la présence d'une commission spécialisée aux attributions variables ou l'obligation d'atteindre des majorités plus élevées que la majorité simple. Peuvent être rattachés à ce modèle la Cour constitutionnelle autrichienne dans sa physionomie originelle d'avant la réforme constitutionnelle de 1929 et le Tribunal constitutionnel fédéral de la République fédérale d'Allemagne. Grâce à l'influence du Tribunal de Karlsruhe bien au-delà des frontières allemandes, l'option de l'élection des tous les juges constitutionnels par l'assemblée législative a été retenue, dans le cadre de la troisième vague de transitions démocratiques, en Hongrie et en Pologne.

Fortement influencé par l'*appointment process* prévu dans la Constitution des États-Unis d'Amérique et relativement rare dans le continent européen, le deuxième modèle se fonde sur une forme de codécision⁶⁷ dans laquelle sont impliqués les pouvoirs exécutif et législatif. C'est notamment le cas de la Cour constitutionnelle de la République tchèque : d'après l'art. 84 de la Constitution de 1992, les quinze juges de cette Cour sont nommés par le président de la République avec l'assentiment du Sénat.

Le troisième modèle se caractérise par la distribution du pouvoir de désignation parmi plusieurs institutions, qui désignent chacune une partie des membres de l'organe de justice constitutionnelle de façon indépendante l'une de l'autre. Moins connue que son homologue allemande, la capacité de la

⁶⁴ Cf. F. PALERMO, K. KÖSSLER, *Comparative Federalism : Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 194-198

⁶⁵ Cf. V. FERRERES COMELLA, « The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 463-470.

⁶⁶ Cf. M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe : A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 206-208.

⁶⁷ Cf. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 467.

discipline constitutionnelle et législative de la Cour constitutionnelle italienne d'influencer les constituants ou les législateurs d'autres pays est quand même incontestable. À cet égard, on peut avant tout évoquer le Tribunal constitutionnel espagnol, « qui s'organise sur le modèle italien »⁶⁸. Dans les débats parlementaires de la législature constituante espagnole, le modèle italien de désignation des juges constitutionnels fut mis en avant parce qu'il semblait échapper à deux dangers latents de ces organes si particuliers que sont les juridictions constitutionnelles, c'est-à-dire l'emprise de l'exécutif sur la Cour et la politisation des nominations confiées aux assemblées parlementaires⁶⁹. Des similitudes importantes peuvent également être observées, par l'intermédiaire du Tribunal constitutionnel espagnol, avec la Cour constitutionnelle bulgare : aux termes de l'art. 147 de la Constitution de 1991, cette Cour est composée de douze juges, dont quatre sont élus par l'Assemblée nationale, quatre sont nommés par le Président de la République et les quatre derniers sont élus par les magistrats de la Cour de cassation et de la Cour administrative suprême réunis en séance commune. La durée du mandat des juges est de neuf ans⁷⁰.

Une question distincte est celle de la contribution que le modèle italien peut offrir à certains débats contemporains sur le rôle des juridictions constitutionnelles face aux processus d'érosion de la démocratie constitutionnelle. Au cours de la dernière décennie, la capture des cours constitutionnelles et d'autres institutions indépendantes par des majorités populistes ou soi-disant illibérales a beaucoup été évoquée. Selon certains auteurs, cette capture, étape obligée sur la voie de la construction d'une prétendue démocratie illibérale assumée, aurait parfois été suivie d'une véritable métamorphose de ces cours, converties en défenseurs plus ou moins enthousiastes du pouvoir en place⁷¹.

Compte tenu de ces coordonnées, l'on peut se demander si le cadre constitutionnel et législatif est en mesure de faire obstacle ou en tout cas de ralentir la capture partisane de l'organe de justice constitutionnelle. Tout en ne surestimant pas la force du *constitutional design*⁷², il est difficile de

⁶⁸ M. HERRERO DE MIÑON, « Les sources étrangères de la Constitution », *Pouvoirs*, n° 8, 1984, p. 104 ; cf. également L. PEGORARO, « El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y “exportación” de modelos », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 9, 2005, p. 316.

⁶⁹ Voy. notamment l'intervention du sénateur Manuel Villar Arregui, représentant du centre-gauche, lors de la séance du Sénat du 8 septembre 1978 (p. 2523-2524 du procès-verbal).

⁷⁰ Cf. à cet égard V.I. GANEV, « The Bulgarian Constitutional Court, 1991-1997 : A Success Story in Context », *Europe-Asia Studies*, 2003, p. 599 ; M. HEIN, « Historische Vorbilder und externe Einflüsse der postsozialistischen Verfassungsgebungen in Bulgarien und Rumänien 1990/91 », dans E. BOS, K. POČA (dir.), *Rechtssysteme im Donauraum. Vernetzung und Transfer*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 213-214. Voy. également Č. PIŠTAN, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, Bologna, Bononia University Press, 2015, p. 212-214 (où est évoqué le mode de désignation des juges des cours constitutionnelles de Serbie, d'Ukraine, de Moldavie et de Géorgie).

⁷¹ Cf. notamment W. SADURSKI, « Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler », *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 63-84 ; P. CASTILLO-ORTIZ, « The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe », *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 48-72.

⁷² Voy. p. ex. W. SADURSKI, *On the Relative Irrelevance of Constitutional Design : Lessons from Poland*, Sydney Law School Research Paper No. 19/34.

passer à côté du fait qu'en Hongrie tous les juges constitutionnels sont élus par le Parlement unicaméral, alors qu'en Pologne cette élection se fait à la majorité simple des députés du *Sejm*. En revanche, l'indépendance de la Cour italienne est protégée, du moins dans une certaine mesure, par sa composition mixte, qui fait que la « capture partisane » soit plus difficile à réaliser qu'en Hongrie ou ailleurs en Europe de l'est. Le Parlement, les cours suprêmes et le chef de l'État sont impliqués dans la désignation de ses juges. Des quorums élevés trouvent application au Parlement, ce qui impose aux groupes de la majorité de rechercher des accords avec l'opposition. Enfin, nous avons constaté (cf. *supra* sous 3) que les cinq juges désignés par les juridictions suprêmes, tout en n'échappant pas à des remarques critiques dues à l'attitude corporative de celles-ci, sont relativement à l'abri des conditionnements de la politique des partis. Par conséquent, une majorité passagère ne pourrait envisager de prendre le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'horizon d'une législature. Une telle dérive pourrait bien se produire à plus long terme, mais à ce point l'on aurait affaire à un processus sensiblement différent de ceux qui ont eu lieu en Europe centrale.

Il faut reconnaître, par ailleurs, que le modèle italien, en dépit de certaines caractéristiques positives, n'est pas complètement immunisé contre le risque non pas tant d'une capture partisane que d'une paralysie de la Cour. Depuis des décennies, le Parlement n'a procédé qu'avec des retards considérables aux nominations de juges constitutionnels qui lui incombent. Ces retards entraînent des conséquences tant pour le pluralisme interne à la Cour que pour sa capacité de fonctionner, la présence d'au moins onze juges étant requise pour qu'elle puisse régulièrement fonctionner. Les chefs de l'État n'ont pas manqué d'en appeler au respect des délais prévus par la Constitution, le président Cossiga arrivant à menacer une dissolution anticipée des Chambres en 1991 : toujours est-il que le cadre actuel ne semble pas offrir de solutions convaincantes pour faire face à l'insouciance des Chambres ou à l'incapacité des groupes politiques de dégager un consensus. Plusieurs solutions ont été prises en considération dans le débat doctrinal, dont la réintroduction de la prorogation du mandat des juges (actuellement exclue par le quatrième alinéa de l'art. 135 de la Constitution, modifié en 1967) ou encore, à titre exceptionnel, le transfert du pouvoir de désignation au président de la République ou à la Cour elle-même⁷³.

Déjà évoquées par la Commission bicamérale D'Alema et par le projet de révision rejeté en 2006, d'autres modifications pourraient aborder le sujet du statut des anciens juges de la Cour : après avoir cessé d'exercer leurs fonctions, ceux-ci sont souvent très convoités pour intégrer d'autres institutions, ce qui s'explique surtout par la crise structurelle que traversent d'autres acteurs

⁷³ Parmi d'autres, cf. A. PUGIOTTO, « Se non così, come ? E se non ora, quando ? Sulla persistente mancata elezione parlamentare di un giudice costituzionale », sur www.forumcostituzionale.it, 22 octobre 2008, p. 1-14; A. CARDONE, « La composizione della Corte costituzionale », *op. cit.*, p. 33 ; U. ADAMO, « L'elezione dei giudici costituzionali fra ritardi parlamentari e possibili rimedi », *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 1429-1459.

institutionnels. Il s'agirait donc de limiter, pendant un certain temps, la possibilité que les anciens juges accèdent à d'autres fonctions une fois expiré leur mandat de neuf ans⁷⁴.

Le modèle italien de sélection des juges constitutionnels a fait preuve, au fil de presque sept décennies, d'une remarquable capacité de s'adapter aux transformations du système politico-institutionnel ainsi qu'à ses crises récurrentes. De plus, il se signale par certains caractères qui peuvent étayer une appréciation positive même à l'aune de la comparaison avec d'autres systèmes de justice constitutionnelle. Cependant, des ajustements ciblés peuvent contribuer à assurer la fonctionnalité d'un cadre de règles qui est demeuré quasiment inchangé alors que le contexte au sens large a changé en profondeur. L'objectif, en définitive, devrait être d'asseoir la position de la Cour dans un ordre constitutionnel en constante évolution.

⁷⁴ Cf. G.L. CONTI, « Art. 135 », *op. cit.*, p. 2646 ; D. TEGA, « Articolo 135 », dans F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (dir.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. 2, *Parte II – Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 443.