Jean-Jacques Pardini

Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis*

Le supplice de Tantale s'est terminé le 23 juillet 2008. Cette date est assurément à marquer d'une pierre blanche tant était attendue, en France, l'institution d'une « question de constitutionnalité ». Il n'est que de constater l'abondante littérature portant sur le sujet pour se convaincre de l'intérêt suscité par cette avancée institutionnelle. Nous voilà donc armé de pied en cap pour saisir ce que peut présenter de particulier, en France, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en même temps que ce qu'elle peut représenter.

Cette « nouvelle voie de droit [1] » permet aux justiciables d'activer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* se rattachant au modèle européen de justice constitutionnelle et, en cela, proche de l'expérience italienne de la question préjudicielle de constitutionnalité. On précisera, en effet, que l'article 1er de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 [2], qui

1. Bertrand Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit », *La Semaine juridique*, n° 52, p. 54-69.

2. Loi constitutionnelle n° 1 du 9 février 1948 relative aux dispositions sur les procès de constitutionnalité et sur les garanties d'indépendance de la Cour constitutionnelle, *Gazzetta ufficiale*, 20 février 1948, n° 43.

met en œuvre l'article 134 de la Constitution italienne [3], dispose que « la question de constitutionnalité d'une loi ou d'un acte ayant force de loi de la République relevée d'office ou soulevée par l'une des parties au cours d'un procès, et non considérée par le juge comme manifestement infondée, est renvoyée à la Cour constitutionnelle afin qu'elle puisse la trancher ».

Il est un fait que sans beau modèle il n'est de belle copie. Sur le principe, on pourra admettre que les deux mécanismes sont très comparables par le « renversement de perspective [4] » qu'ils proposent au regard de la conception abstraite du contrôle de constitutionnalité. De fait, « avec la saisine par voie incidente, le contrôle de constitutionnalité de la loi est, en quelque sorte, hybridé par la garantie des situations subjectives constitutionnelles [5] ». D'aucuns n'ont d'ailleurs pas hésité à voir dans la réforme de 2008 une « italianisation » de la justice constitutionnelle française [6].

Certes ! Mais l'identité de principe ne doit point occulter les nuances et différences que l'on constate au regard des choix opérés par le constituant français et son législateur organique [7]. De fait, disons-le tout uniment, la QPC se distingue de la question préjudicielle italienne.

Ab origine fidelis ?

C'est déjà la sémantique qui justifie ce constat, le choix d'une question « prioritaire » attirant d'emblée l'attention, puisqu'il implique que la question de constitutionnalité doive être traitée, par le juge de renvoi, avant toute question relative à la conventionnalité [8] de la norme mise en doute. Indépendamment du fait de savoir si la QPC est ou non une question préjudicielle [9], on observera que le choix d'une telle priorité est lié à une crainte qui n'a pas (ou plus) lieu d'être en Italie. Si, en effet,

---

3. L'article 134 de la Constitution italienne prévoit que la Cour constitutionnelle se prononce « sur les litiges relatifs à la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi de l'État et des régions ».

4. Sur ce point, on lira avec profit la brillante synthèse de Gustavo Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *CCC*, n° 22, 2007, p. 153, spéc. p. 154 sur le « changement de perspective ».

5. *Ibid.*

6. Franck Laffaille, « *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France (à la lumière de quelques comparaisons tirées du droit italien) », www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 51.

7. Loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JO*, 11 décembre 2009 qui modifie l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

8. En vertu de l'article 23-2 de l'ordonnance 58-1067.

9. Cette question a été largement débattue et n'a pas reçu une réponse claire et homogène.

la coexistence de deux contrôles *a posteriori*, l'un de constitutionnalité, l'autre de conventionnalité, impose, en France, que priorité soit accordée au premier afin que la prééminence de la Constitution – et donc de la QPC – ne soit pas mise à mal, force est de constater qu'une telle précaution n'est plus nécessaire en Italie. La Cour italienne, en effet, n'a pas hésité, faisant preuve d'une audace dont elle a le secret, à englober le contrôle de conventionnalité dans le contrôle de constitutionnalité sous la stricte condition que la norme conventionnelle, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, soit compatible avec la Constitution [10]. Comme il a été lucidement observé, « cette position jurisprudentielle est remarquable du point de vue de la cohérence du système juridique italien, dans la mesure où elle permet la sauvegarde de l'effectivité de la question préjudicielle de constitutionnalité [11] ».

Mais la différence, déjà sensible sur ce point crucial, entre les deux systèmes ne s'arrête pas là. Elle s'insinue dans les moindres recoins des mécanismes retenus des deux côtés des Alpes, à la manière de l'eau qui pénètre par les pores du bois. On le constatera tant en ce qui concerne les modalités relatives à l'introduction du recours que s'agissant des normes impliquées dans le jugement de constitutionnalité, nombre d'autres questions, notamment de procédure, ne pouvant être traitées dans le format de cet article [12]. 103

L'introduction du recours

Les trois premiers alinéas de l'article 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative aux dispositions sur la Constitution et sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle [13] fixent le cadre dans lequel doit

10. Cour const., *sent.* n° 348 et 349 du 22 octobre 2007, *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, respectivement p. 3475 et p. 3535. En l'espèce, la Cour constitutionnelle juge que les normes de la CEDH constituent une nouvelle hypothèse de *norme interposte* (normes-relais ou interposées), c'est-à-dire de normes qui s'intercalent entre la loi ordinaire et la Constitution. En sorte que non seulement la loi doit être conforme aux normes conventionnelles, mais ces dernières doivent elles-mêmes être conformes à la Constitution.

11. Fanny Jacquelot, « Commentaire », *AIJC*, XXIII, 2008, p. 829.

L'auteur exprime cependant certaines incertitudes sur ce point en commentant les décisions 311 du 16 novembre 2009 et 317 du 30 novembre 2009, *AIJC*, XXV, 2010, p. 760 *sq*.

12. L'on notera seulement que l'article 62 alinéa 2 de la Constitution prévoit la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de moduler les effets de ses décisions d'abrogation. La Cour constitutionnelle italienne s'est autorisée, elle-même, à procéder à cette modulation selon des techniques variées. Sur cette question, voir *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milan, Giuffrè, 1989.

13. *Gazz. uff.*, 14 mars 1953, n° 62.

s'inscrire l'initiative du procès incident de constitutionnalité en Italie. En d'autres termes, ils posent les conditions qui doivent être réunies afin que le contentieux constitutionnel puisse être valablement lié. Il est ainsi disposé que, « au cours d'un procès pendant devant une autorité juridictionnelle, l'une des parties ou le Ministère public peuvent soulever une question de constitutionnalité au moyen d'une requête expresse indiquant : a) les dispositions de la loi ou de l'acte ayant force de loi de l'État ou d'une région entachées d'inconstitutionnalité ; b) les dispositions de la Constitution ou des lois constitutionnelles dont la violation est invoquée. Dans le cas où l'autorité juridictionnelle estime que le procès ne peut être tranché indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité et si elle ne considère pas que la question soulevée est manifestement infondée, elle rend une ordonnance par laquelle […] elle décide la transmission immédiate des actes à la Cour constitutionnelle et suspend le procès en cours. La question de constitutionnalité peut être relevée d'office par l'autorité juridictionnelle devant laquelle le procès est pendant, par une ordonnance contenant les indications prévues aux lettres a) et b) du premier alinéa et les dispositions dont il est fait état à l'alinéa précédent ».

On perçoit déjà les nuances et différences qui marquent les mécanismes adoptés et conditions imposées des deux côtés des Alpes afin d'accéder au prétoire du juge des lois. Ces différences et nuances tiennent aux modalités d'activation de la question de constitutionnalité et aux conditions de recevabilité de cette question.

Les modalités d'activation de la question de constitutionnalité

On s'accordera à dire que, dans les deux systèmes, les mécanismes mis en place s'analysent comme un recours indirect des justiciables au juge des lois. Aux termes des dispositions plus haut rappelées, c'est, en effet, une autorité juridictionnelle qui, dans le cadre d'une instance en cours devant elle, est l'intermédiaire obligé entre les parties et le juge constitutionnel. Ce n'est donc qu'à l'occasion d'un procès qu'un juge (le juge *a quo*), sous certaines conditions et dans le respect des modalités procédurales fixées par les textes pertinents, pourra déclencher la saisine du juge constitutionnel.

Le doyen Escarras écrivait ainsi, s'agissant du système italien, que « la doctrine et la pratique de la Cour qualifient, indifféremment, ce type de contrôle et le procès à l'occasion duquel il est exercé de : contrôle et procès "par voie indirecte", "par voie d'exception", "par voie incidente",

voulant ainsi mettre en évidence que "les citoyens" (et d'autres sujets…) ne peuvent pas agir directement devant la Cour constitutionnelle, mais doivent suivre un chemin indirect et tortueux pour saisir cette dernière[14] ».

Sur ce point, la différence entre les deux systèmes tient déjà à ce qu'il convient d'entendre par juridiction ou autorité juridictionnelle devant laquelle peut être posée la question de constitutionnalité. Elle réside ensuite dans l'impossibilité, pour le juge ordinaire français, de prendre lui-même l'initiative du procès constitutionnel. Elle tient enfin au filtre que représente le passage obligé par les juridictions suprêmes.

L'origine juridictionnelle des questions de constitutionnalité

La condition première pour qu'une question de constitutionnalité puisse être posée est qu'elle le soit devant un *juge* à l'occasion d'une *instance* portée devant lui. C'est sur cette *racine* que se situe déjà la différence entre les systèmes français et italien. Ce sont, plus précisément, et pour dire le vrai, les racines textuelles qui singularisent d'emblée les deux systèmes. Si, en effet, l'article 23 de la loi n° 87 de 1953 vise, sans autre précision, toute « autorité juridictionnelle » s'agissant du système italien, l'article 23-1 de la loi organique du 10 décembre 2009, à la suite de l'article 61-1 de la Constitution française, ne vise que « les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ». La « texture » plus ouverte de la norme italienne est patente ce qui, d'ailleurs, explique que la Cour transalpine ait accepté d'ouvrir très largement son prétoire aux questions de constitutionnalité.

À l'évidence donc, le texte français, sans faire pièce au texte italien, est plus restrictif. Certes, toutes les autorités juridictionnelles relevant des juridictions suprêmes placées au sommet de chacun des ordres de juridiction reconnus par la Constitution sont concernées, qu'elles soient de droit commun ou spécialisées, qu'il s'agisse de juridictions de jugement ou de juridictions d'instruction, que ces juridictions statuent en matière civile, pénale, sociale, administrative ou financière, étant entendu que les juridictions du provisoire sont aussi concernées. Mais si large soit le champ de ces autorités juridictionnelles[15], il n'égale en aucun cas celui dont la Cour constitutionnelle italienne a délimité très tôt le périmètre.

---

14. Jean-Claude Escarras, « Éléments de référence », *Les Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, p. 30.

15. Voir le décret 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

De fait, dans sa décision 83 de 1966 [16], le juge des lois italien, rappelant ses prises de positions antérieures, indique les conditions qui doivent être remplies pour qu'une question de constitutionnalité puisse être valablement posée devant elle. Selon la Cour, deux critères sont nécessaires, l'un subjectif, l'autre objectif, étant entendu, et la Cour y insiste, que ces deux critères sont alternatifs. Le premier critère, subjectif, tient à l'acception retenue de la formule « autorité juridictionnelle » : selon la Cour, sont des autorités juridictionnelles « tous les organes qui, même étrangers à l'organisation de la fonction juridictionnelle et dotés, sur le plan institutionnel, de missions de nature différente, sont néanmoins investis, de manière exceptionnelle, d'une fonction de jugement afin d'assurer l'application objective de la loi et, à ce titre, occupent une position *super partes* ». Le second critère est objectif en ce qu'il se rapporte

à la notion de « procès » qui renvoie « aux procédures qui, quelles que soient leur nature et les modalités, sont mises en œuvre, cependant, en présence et sous la direction d'un organe doté d'une fonction juridictionnelle ». C'est sur ce fondement que la Cour constitutionnelle a pu accueillir favorablement les questions incidentes posées par de nombreux organes qui, *stricto sensu,* ne peuvent être qualifiés de juridictions au sens traditionnel du terme [17].

On mesure aisément ce qui sépare, dès lors, le système français du système italien. Lorsque, en effet, la Cour italienne s'émancipe des cadres classiques de l'organisation juridictionnelle, le droit français reste dans une interprétation non constructive du terme « juridiction ». De là, les « séries d'exception » retenues ou suggérées par la loi organique 2009-1523 qui, à l'évidence, font du système français de la QPC un système moins « ouvert » que celui qui a cours en Italie. Outre, en effet, l'exclusion explicite de la cour d'assises par l'article 23-1 alinéa 4 de l'ordonnance 58-1067, on sait que la restriction prévue par cet article écarte du mécanisme le tribunal des conflits et la cour supérieure d'arbitrage. Mais, à l'inverse du système italien, il écarte aussi les AAI qui sont pourtant considérées comme des juridictions au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH et les tribunaux arbitraux dont, pourtant, les sentences sont dotées de l'autorité de la chose jugée aux termes de l'article 1476 du code de procédure civile.

---

16. Cour const., *sent.* n° 83 du 15 juin 1966, *Giur. cost.*, 1966, p. 1074 *sq*. (cons. en droit n° 1).

17. La Cour constitutionnelle a donc admis que des commissions ou autorités équivalentes aux AAI puissent la saisir dans le cadre du procès incident de constitutionnalité des lois. Dans l'arrêt 376 du 22 novembre 2001, elle a également considéré que les tribunaux arbitraux pouvaient valablement la saisir dans ce cadre ; voir *sent.* n° 376 du 22 novembre 2001, *Giur. cost.*, 2001, p. 3735 *sq*. (cons. en droit n° 2).

Une autre différence, non négligeable, pourrait tenir à la question de l'auto-saisine du juge constitutionnel. En l'état, on reste cependant dans l'attente, sur ce point, d'une prise de position du Conseil constitutionnel qui, d'ailleurs, pourrait sans doute utilement s'inspirer de la jurisprudence de la Cour italienne. Celle-ci, en effet, poussant la logique du procès incident de constitutionnalité jusqu'à son terme, s'est très tôt arrogé la possibilité de soulever, devant elle, des questions de constitutionnalité et donc d'agir comme juge *a quo* [18]. Une telle hypothèse se conçoit et se réalise non seulement dans le cadre des compétences de la Cour autres que le procès incident de constitutionnalité, mais également dans le cadre même d'une instance introduite au titre du contrôle incident de constitutionnalité des lois. On précisera, en effet, que la Cour constitutionnelle peut être amenée, dans certains cas, à confronter la loi dont la conformité à la Constitution est mise en doute devant elle à un paramètre de constitutionnalité porteur d'une norme de rang ordinaire, laquelle, par hypothèse, peut être soumise au doute de constitutionnalité. Il va sans dire qu'une telle solution se justifie par le fait qu'il serait, à tout le moins, paradoxal que le juge des lois se résigne à faire application d'une loi alors que la Constitution lui donne pour mission principale d'expurger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles.

C'est donc un cadre plus étroit que propose le système français, s'agissant de l'origine juridictionnelle des questions de constitutionnalité. Ce cadre plus étroit se retrouve aussi si l'on considère que le juge ordinaire français ne dispose pas du pouvoir de prendre lui-même l'initiative du procès constitutionnel.

L'initiative du procès constitutionnel

L'article 23-1 alinéa 1er de l'ordonnance 58-1067 modifiée fait interdiction à la juridiction du fond de prendre elle-même l'initiative du procès constitutionnel. Il a été justement dit, çà et là, que ce choix découlait des termes du 1er alinéa de l'article 61-1 de la Constitution selon lequel « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu… ». L'emploi de cette formule impersonnelle (le fait qu'il doive être soutenu) a pour conséquence que ce moyen de pur droit, que constitue la QPC, diffère des autres moyens de même nature en ce qu'il s'inscrit, selon le constituant français, dans une logique spécifique. Cette spécificité de la QPC a, on le sait, été confirmée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision 2009-595, précise « que les termes

18. Ord. 22 du 5 avril 1960, *Giur. cost.*, 1960, p. 210 *sq*.

de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit [19] ». Plusieurs raisons ont été avancées pour justifier ce choix. Il a d'abord été soutenu qu'un juge soulevant d'office une question de constitutionnalité porterait atteinte au monopole d'appréciation de la Constitution par le Conseil constitutionnel. L'accent a également été mis sur la liberté du requérant d'organiser lui-même son recours en fonction de la stratégie qu'il entend suivre et du résultat qu'il souhaite atteindre.

Ces arguments, si pertinents soient-ils, n'ont pas été retenus en Italie où, on le rappelle, la question de constitutionnalité peut être relevée d'office par l'autorité juridictionnelle devant laquelle le procès est pendant. C'est encore une occasion supplémentaire d'activer le procès constitutionnel, laquelle doit être mise en relation avec la possibilité, pour les parties, de prendre l'initiative de poser la question de constitutionnalité. De ce point de vue, la doctrine italienne a pu soutenir que les deux hypothèses renvoient à des configurations différentes. Alors, en effet, que l'initiative des parties contribue à inclure leurs intérêts spécifiques dans la dialectique processuelle, la possibilité, pour le juge ordinaire, de poser une question de constitutionnalité aurait pour objectif principal d'induire une modification de l'ordonnancement juridique [20]. Dit autrement, « avec la question de constitutionnalité, les parties agissent pour la défense de leurs propres *droits*, contre la *loi* (considérée) inconstitutionnelle ; […] le juge, quant à lui, se préoccupe non seulement de la cohérence abstraite de l'ordonnancement, mais défend aussi […] sa position d'interprète et de garant de la signification essentielle du droit […] [21] ».

On voit, là encore, la différence d'approche entre les deux systèmes et l'on doit sans doute se demander, à la lumière de ce qui précède, si le choix fait par le constituant français et, à sa suite, par le législateur organique n'aurait pas dû être davantage réfléchi. À l'évidence, le juge *a quo* français n'a pas obtenu les faveurs des pouvoirs publics en termes d'activation de la question de constitutionnalité. Au surplus, autre différence entre les deux systèmes, et pas des moindres, il doit passer, lorsqu'une question de constitutionnalité est posée devant lui, par le filtre des juridictions suprêmes.

---

19. CC, 3 décembre 2009, 2009-595 DC, *JO*, 11 décembre 2009, p. 21381 (cons. n° 9).

20. Alessandro Pizzorusso, *in* G. Branca (dir.), *Commentario della Costituzione. Articolo 137*, Bologne, Zanichelli, Rome, Società editrice del foro italiano, 1981, p. 214.

21. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulion, 2e éd., 1988, p. 188 (italique dans le texte).

Le filtre des juridictions suprêmes

Le système français de la QPC, en cela un *unicum*, se distingue encore du système italien de la question préjudicielle par l'existence d'un filtre qui s'interpose entre le juge *a quo* et le juge constitutionnel. Le choix du constituant français se traduit ainsi par la non-possibilité, pour le juge *a quo*, de régler directement la question de constitutionnalité. C'est, d'ailleurs, en ce sens que la QPC ne peut s'analyser comme une exception de procédure qui, on le sait, doit être jugée par le juge saisi du fond de l'affaire [22]. À l'inverse, en Italie, le juge ordinaire peut saisir directement la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité à l'occasion d'un litige qu'il doit trancher.

Ce mécanisme du filtre envisagé par le constituant français a pour fonction principale d'éviter une « surchauffe » du système due à un flux de requêtes que, par hypothèse, le Conseil constitutionnel aurait du mal à maîtriser. En ce sens, il a vocation à assurer une « régulation efficace des questions soumises au Conseil constitutionnel [23] » et tend à « éviter la perturbation du cours de la justice [24] ». Si l'objectif souhaité est tout à fait louable, on notera, cependant, que les pays qui avaient adopté un système similaire l'ont abandonné faute d'avoir eu les résultats escomptés (Allemagne, Autriche). Surtout, le risque est grand que l'on aboutisse à un pré-jugement de constitutionnalité et que le Conseil d'État et la Cour de cassation, dans l'exercice de leur mission de filtrage, en viennent à se poser comme des concurrents du Conseil constitutionnel. Quant à la question de savoir si le filtre n'aura pas tendance à devenir un « bouchon », il n'est sans doute pas trop tôt pour se faire une idée aujourd'hui, si l'on considère l'attitude du Quai de l'Horloge, dont certains, d'ailleurs, se sont émus, proposant de ce fait une modification de la loi organique 2009-1523 [25].

22. Rapport Warsmann (AN, 1898), p. 10.
23. *Ibid*.
24. *Ibid*., p. 14.
25. On se réfère à la proposition de loi organique modifiant la loi organique 2009-1523, enregistrée au Sénat (séance extraordinaire) le 9 juillet 2010 par le sénateur Jean-Jacques Hyest qui souligne le « blocage » dû à l'attitude de la Cour de cassation. Le sénateur, s'il évoque la suppression du second filtre, lui préfère néanmoins une solution moins radicale et propose ainsi l'insertion d'un article 23-7-1 dans l'ordonnance 58-1067 aux termes duquel : « La décision de ne pas saisir le Conseil constitutionnel peut être contestée devant lui par une des parties dans les dix jours de son prononcé. Le Conseil constitutionnel examine la contestation dans les vingt jours de son enregistrement. Il peut, par une décision motivée, déclarer la contestation admise », *in* www. senat. fr.

On ajoutera que l'on ne voit pas pourquoi ce qui fonctionne correctement en Italie – et plus généralement dans les pays qui se déprennent de tout mécanisme de filtre – ne fonctionnerait pas correctement en France. Sauf à considérer, peut-être, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas des moyens nécessaires pour faire face aux nouveaux recours dont il est et sera saisi. Mais, sur ce point, on observera d'abord qu'une explication de ce type ne paraît pas satisfaisante au regard des exigences de l'État constitutionnel ; on dira ensuite que là encore on fait peu de cas du juge ordinaire pourtant appelé, lorsqu'une question de constitutionnalité est posée devant lui, à vérifier que cette question est recevable.

Les conditions de recevabilité des questions de constitutionnalité

110 En vertu de l'article 23-2 de l'ordonnance 58-1067, trois conditions doivent être cumulativement réunies pour que la juridiction ordinaire puisse valablement transmettre la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Tout d'abord, la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure ou doit constituer le fondement des poursuites [26]. Ensuite, la disposition dont il s'agit doit ne pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances. Enfin, la question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

Là encore, le système français de la QPC se rapproche du système italien à certains égards, mais il s'en éloigne nécessairement à d'autres. Lorsque, en effet, le juge *a quo* italien souhaite saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité, il doit préalablement s'assurer que la question posée – soit par une partie au procès principal, soit par lui-même *ex ufficio* – satisfait à deux conditions cumulatives de recevabilité : sa *rilevanza* pour la résolution du litige porté devant lui et sa *non manifesta infondatezza*.

La condition de *rilevanza* (littéralement, le caractère déterminant de la question pour la résolution du litige) peut être rapprochée de la première condition rappelée plus haut concernant le système de la QPC. Cette

26. Dès sa première décision au titre de la QPC, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il ne lui appartenait pas de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites : CC, 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Consorts L.*, *JO*, 29 mai 2010, p. 9728.

condition de *rilevanza* trouve, en effet, son origine dans l'alinéa 2 de l'article 23 de la loi 87 de 1953 lorsqu'il précise qu'il est nécessaire, pour que le juge *a quo* saisisse la Cour constitutionnelle, que le litige porté devant le juge ordinaire ne puisse être tranché « indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité ». S'agissant du « concept » de *rilevanza*, la doctrine italienne considère qu'il est la « conséquence du caractère nécessairement concret de la question de constitutionnalité et dérive implicitement du fait que cette question doit être posée de façon incidente et, par conséquent, pouvoir être utile à la résolution du litige[27] ». Ainsi entendu, « il en résulte qu'on peut définir comme *rilevante* une question ayant pour objet des dispositions ou des normes dont il [le juge *a quo*] aura nécessairement à faire application dans l'action principale, soit qu'elles touchent au fond de celle-ci, soit qu'elles concernent la compétence du juge, les droits et devoirs des parties, les formes de la procédure, l'acquisition des preuves, etc.[28] ».

On voit donc le point commun qui marque les deux systèmes, qui réside dans la nécessité d'un lien direct identifiable entre la question de constitutionnalité posée et l'instance portée devant la juridiction de renvoi. C'est dire que des questions abstraites, détachées du cas concret, ne peuvent prospérer en tant qu'elles ne répondent pas à la logique du caractère nécessairement préjudiciel de la question. C'est ce qu'énonce clairement la Cour constitutionnelle italienne dans sa décision 53 de 1982 lorsqu'elle considère que « […] le caractère préjudiciel nécessaire de la question de constitutionnalité au regard de la décision issue du procès *a quo* doit être compris en considérant qu'une telle décision est l'aboutissement d'un itinéraire logique dont chacune des étapes peut donner lieu à un incident de constitutionnalité, lorsque le juge met en doute la constitutionnalité des dispositions normatives *que, à tel ou tel moment, il est amené à appliquer pour la poursuite ou la résolution du jugement*[29] ».

C'est pourtant, en tant que l'on fait référence au caractère préjudiciel de la question, que l'on peut entrevoir, là encore, les nuances entre les deux systèmes, puisque la question de savoir si la QPC est une question préjudicielle reste, on le sait, ouverte.

---

27. Gustavo Zagrebelsky, *in* Giuliano Amato et Aaugusto Barbera (dir.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologne, Il Mulino, 1984, p. 774.

28. Jean-Claude Escarras, « Éléments de référence », art. cit., p. 42.

29. Cour const., *sent.* n° 53 du 12 février 1982, *Giur. cost.*, 1982, p. 564 *sq*. (cons. en droit n° 2).

La condition tenant à la *non manifesta infondatezza* de la question peut, quant à elle, être mise en parallèle avec l'exigence selon laquelle la QPC ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux. Cette condition est exprimée, mêmement, à l'article 23 alinéa 2 de la loi 87 de 1953. L'on observera, au passage, les circonvolutions langagières utilisées des deux côtés des Alpes. La double négation de la formule italienne – le caractère non manifestement infondé – étant, cependant, plus alambiqué que la tournure négative simple retenue en France.

Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, l'objectif est le même. Il s'agit, pour les constituants ou législateurs, d'éviter que le juge constitutionnel ne soit envahi par des questions de constitutionnalité qui n'en seraient pas, soit parce qu'elles seraient posées dans un but dilatoire, soit parce que leur caractère fantaisiste ou fallacieux ne ferait pas de doute [30]. En ce sens, le rôle de « portier » [31] du juge *a quo* est essentiel en ce que son appréciation plus ou moins restrictive du caractère non manifestement infondé de la question ou de son caractère sérieux détermine l'accès au prétoire du juge constitutionnel. On comprend aussi que la condition ici exprimée laisse place à des zones grises aux nuances variées si l'on considère les gradations concevables entre une question sérieuse ou certainement fondée et une question totalement dépourvue de sérieux ou manifestement infondée. La raison appelle donc à un juste équilibre laissant place à un « filtre léger [32] » que le système italien a fait sien après, néanmoins, des débuts difficiles du fait des réticences initiales des juridictions suprêmes [33]. En sorte qu'il est établi, aujourd'hui, qu'il n'est pas nécessaire que la question apparaisse certainement fondée pour que le juge *a quo* la renvoie à la Cour constitutionnelle. Un doute raisonnable sur la constitutionnalité de la loi, une « connaissance sommaire [34] »,

30. Selon Alessandro Pizzorusso, « l'appréciation du caractère non manifestement infondé par le juge *a quo* consiste en la vérification de l'existence du *fumus boni juris* de la question afin d'éviter que l'incident de constitutionnalité ne soit instrumentalisé pour obtenir la suspension du procès sans motif valable et afin, également, d'empêcher que la Cour constitutionnelle ne soit contrainte à se prononcer sur des questions manifestement inconsistantes », in *Commentario…*, *op. cit.*, p. 259.

31. Selon l'expression de Piero Calamandrei, *in* « Corte costituzionale e autorita giudiziari », *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 8.

32. Selon l'expression d'Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milan, Giuffrè, 4e éd., 2004, p. 180.

33. Voir, sur ce point, *ibid.*, p. 269.

34. Selon l'expression d'Alessandro Pizzourusso, in *Commentario…*, *op. cit.*, p. 259. On notera la similitude de la formule retenue dans l'exposé des motifs du projet de loi organique mettant en œuvre l'article 61-1 de la Constitution française qui indique, s'agissant de la condition relative au caractère sérieux de la question, que la juridiction « procédera à un examen sommaire ».

suffit à atteindre l'équilibre plus haut évoqué [35]. Sans conteste, le juge ordinaire français sera confronté aux mêmes défis et devra parvenir à ce juste équilibre dont la pertinence ne fait pas de doute.

Reste une différence majeure entre les deux systèmes qui tient au double filtre que suppose le mécanisme de la QPC. Alors, en effet, qu'en Italie l'*iter* procédural se résume à la transmission à la Cour constitutionnelle de la question dont le juge *a quo* considère qu'elle n'est pas manifestement infondée, la France, on le sait, a fait le choix d'une procédure où s'intercalent les juridictions suprêmes qui, elles aussi, ont pour mission de vérifier que certaines conditions sont remplies pour que la transmission de la question au Conseil constitutionnel soit valablement opérée. Si les deux premières conditions sont les mêmes que celles que les juges *a quibus* doivent vérifier, la troisième, en revanche, est à la fois différente mais presque identique, puisque le juge suprême doit s'assurer que « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux [36] ». L'on observera, sur ce point, que la question qui ne devait pas être dépourvue de caractère sérieux devant le juge *a quo* doit présenter un caractère sérieux devant les juridictions suprêmes, ce qui, manifestement, est plus restrictif [37].

Quant à la condition propre à la QPC – celle tenant au fait que la disposition dont il s'agit doit ne pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances –, on dira qu'elle ne se retrouve pas dans le système italien qui, à l'inverse du système français, ne connaît pas de contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois. Cela dit, l'issue peut être la même : le juge *a quo* peut, en effet, soumettre à

35. Là encore, Jean-Claude Escarras a parfaitement résumé la dialectique en cause en écrivant « aller au-delà de lui [le juge *a quo*] est interdit puisque, dans un système concentré semblable à celui qui fonctionne en Italie, la Cour seule peut se prononcer sur le caractère, fondé ou non, d'un incident de constitutionnalité ; rester en deçà ferait peser sur lui la responsabilité d'un trop grand encombrement du rôle du juge constitutionnel par des questions dilatoires, fallacieuses ou, tout simplement, fantaisistes, ou celle, pour reprendre l'expression du président Favoreu, d'une "banalisation" de la justice constitutionnelle provoquée par la microconstitutionnalité des questions adressées à la Cour », *in* « Éléments de références », art. cit., p. 44.

36. Article 23-4 de l'ordonnance 58-1067.

37. En ce sens, Marc Guillaume qui considère que « la condition est ici légèrement plus exigeante ». Le secrétaire général du Conseil constitutionnel observe, par ailleurs, que « le critère de la "question nouvelle" alternatif au caractère sérieux a pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs ne tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil constitutionnel sous prétexte que la difficulté n'est pas assez sérieuse pour qu'ils ne puissent la résoudre eux-mêmes en écartant la question ». En sorte que « le Conseil constitutionnel est ainsi renforcé dans son rôle d'interprète de la Constitution », *in* « La question prioritaire de constitutionnalité », www.conseil-constitutionnel.fr, p. 22-23.

nouveau une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle alors même que, précédemment, cette question avait déjà été soumise à son examen et rejetée par elle. Et il n'est pas rare que la décision de rejet initiale se transforme, en cette nouvelle occasion, en une décision d'admission de la question. Dit autrement, une disposition législative initialement jugée conforme à la Constitution peut être jugée, par la suite, inconstitutionnelle si, précisément, des changements dans les circonstances de droit ou de fait le justifient. Ces *overruling* s'expliquent sans conteste par des « anachronismes législatifs » très tôt relevés par la Cour constitutionnelle [38].

Là encore, on s'aperçoit que le système français met un verrou supplémentaire à la transmission de la question au Conseil constitutionnel. Certes, l'autorité de ses décisions est en cause, mais il en est, à l'évidence, de même au-delà des Alpes. Le fait, pour le législateur organique français, d'avoir fait référence à l'exception du « changement de circonstances » implique, finalement, un examen supplémentaire du juge de renvoi alors que, en Italie, cet examen n'est pas nécessaire à ce stade [39].

Différents au stade de l'introduction du recours, les deux mécanismes le sont aussi si l'on observe les normes impliquées dans le jugement de constitutionnalité.

Les normes impliquées dans le jugement de constitutionnalité

Le système de la QPC se distingue encore du système italien de la question incidente de constitutionnalité par les normes impliquées dans le jugement de constitutionnalité. Si l'on voulait d'emblée caractériser cette distinction, l'on dirait que les choix opérés dans le cadre français prévoient, à l'évidence, un *thema decidendum* plus restreint de l'instance constitutionnelle. En ne retenant, en effet, que l'hypothèse où des « dispositions législatives » porteraient atteinte « aux droits et libertés » que la Constitution garantit, le mécanisme de la QPC offre un spectre moins large que celui auquel laisse place le système italien de la question

38. Cour const., *sent.* n° 5 du 8 février 1962, *Giur. cost.*, 1962, p. 40 *sq*. Sur cette question des anachronismes législatifs, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage *Le Juge constitutionnel et le « Fait » en Italie et en France*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, 2001, p. 148 *sq*.

39. Pour un exemple de reconnaissance de changement de circonstances de droit et de fait par le Conseil constitutionnel, voir CC, 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres*, *JO*, 31 juillet 2010, p. 14198.

incidente. On le vérifiera tant en ce qui concerne les normes objets du jugement constitutionnel que s'agissant des moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui du recours.

Les normes objets du jugement constitutionnel

Aux termes de l'article 134 de la Constitution italienne, les normes susceptibles de faire l'objet d'un procès constitutionnel sont les « lois et actes ayant force de loi de l'État et des régions [40] ». *A priori*, et si l'on excepte la référence tenant à des formes d'État différentes, la formule retenue par le constituant italien est équivalente à celle retenue dans le cadre français. Il s'agit, dans les deux cas, d'actes de valeur législative que le juge constitutionnel aura à confronter aux dispositions constitutionnelles.

En France, rares sont les questions qui se posent à cet égard. La référence aux « dispositions législatives », sans autre précision, implique que le contrôle de constitutionnalité porte sur les lois ordinaires, mais également sur les ordonnances ratifiées et les lois du pays de Nouvelle-Calédonie [41]. Seul le contrôle des lois organiques peut présenter une particularité et il semble évident, par ailleurs, que les lois référendaires suivront le même sort que celui qui leur est réservé dans le cadre du contrôle *a priori* [42].

Si cette apparente simplicité, dans l'objet du jugement constitutionnel, se retrouve en Italie, du moins ne se retrouve-t-elle que dans la formule utilisée par les textes pertinents. De fait, plusieurs catégories d'actes législatifs ont été identifiées par la Cour constitutionnelle italienne comme pouvant être concernées par le procès constitutionnel, ce qui brouille quelque peu les choses. L'éventail, en effet, est large des actes aujourd'hui contestables devant le juge constitutionnel italien. De fait, la Cour constitutionnelle s'est attachée à entendre par actes législatifs non seulement les lois dans leur dimension substantielle, mais également dans un sens formel, étendant ainsi son contrôle à des actes dont

40. Les articles 1er de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 et 23 de la loi n° 87 de 1953 emploient la même formule. S'agissant des lois de l'État et des régions, on fait référence, d'une part, aux actes adoptés par le Parlement national dans l'exercice de sa compétence législative et promulgués par le président de la République (lois nationales) et, d'autre part, aux actes votés par les conseils régionaux ou par les conseils des provinces de Trente et de Bolzano et promulgués par les présidents des régions ou des provinces concernées (lois régionales et provinciales). Par ailleurs, entrent dans la catégorie des actes ayant force de loi les décrets législatifs délégués et les décrets-lois de la Constitution aux termes des articles 76 et 77 de la Constitution.

41. Les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie sont expressément visées à l'article 23-8 de l'ordonnance 58-1067.

42. Sur ces points, voir le rapport Warsmann, *op. cit.*, p. 44-45.

l'enveloppe formelle n'est pas en correspondance avec leur contenu normatif [43]. La Cour n'a pas hésité, non plus, à admettre que son contrôle puisse porter sur les délibérations référendaires abrogatives de lois [44]. Mais surtout, parmi les actes contestables, on sait sans doute que figurent les *lois constitutionnelles*, qualifiées par l'article 138 de la Constitution, de « lois de révision de la Constitution et autres lois constitutionnelles [45] ». On comprendra que la Cour constitutionnelle ait jugé qu'elle se devait de contrôler les conditions de procédure posées par l'article 138 de la Constitution pour l'adoption de telles lois. Mais, considérant que la Constitution porte en elle des « principes suprêmes » opposables au pouvoir de révision constitutionnelle, elle accepte aussi d'en vérifier la constitutionnalité matérielle [46]. On sait que le Conseil constitutionnel a, dans le cadre du contrôle *a priori*, choisi une orientation différente, estimant qu'il devait adopter une position de *self restraint* face au pouvoir constituant souverain [47]. Il n'est pas douteux que, dans le cadre de sa nouvelle compétence, il maintienne cette position, rendant ainsi plus étriqué l'objet du jugement constitutionnel.

Il convient d'ajouter que, dans les deux systèmes, le contrôle de constitutionnalité porte sur toute loi, qu'elle ait été adoptée antérieurement ou postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution. Il est vrai que la question fut longuement débattue en Italie et que le problème fut résolu par la Cour constitutionnelle dès sa première décision [48]. On

43. On fait notamment référence aux *leggi meramente formale* (lois purement formelles) et aux *leggi-provvedimenti* (lois-mesures).

44. Cour const., *sent* n° 26, 16 janvier 1987, *Giur. cost.*, 1987, p. 149 *sq*. (cons. en droit n° 5).

45. La catégorie des autres lois constitutionnelles renvoie notamment aux *leggi rinforzate* (lois renforcées) et aux statuts des régions à autonomie spéciale.

46. Voir l'arrêt 1146 du 15 décembre 1988, *Giur cost.* 1988, p. 5565 *sq*.

47. Voir, en dernier lieu, CC, 26 mars 2003, 2003-469 DC, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation de la République*, *Rec.*, p. 293.

48. La soumission des actes législatifs antérieurs à la Constitution au contrôle de la Cour constitutionnelle est liée au débat houleux qui, entre 1948 (date d'entrée en vigueur de la Constitution) et 1956 (début du fonctionnement effectif des travaux de la Cour constitutionnelle), portait sur l'efficacité abrogative des dispositions constitutionnelles à l'égard du droit antérieur. La jurisprudence ordinaire, pour une large part, estimait qu'une grande partie des dispositions de la Constitution renvoyait à des normes programmatiques, en sorte que le droit antérieur, fût-il en contraste avec ces normes, était considéré comme toujours en vigueur. Dès sa première décision, la Cour constitutionnelle allait juger clairement que toutes les lois sont soumises à son contrôle, indépendamment du moment de leur entrée en vigueur. En outre, elle précisait que la distinction entre normes préceptives et normes programmatiques ne pouvait influer sur le contrôle qu'elle était amenée à opérer, dans la mesure où un tel contrôle n'a pas pour objet de vérifier l'abrogation des normes pré-constitutionnelles, mais d'en déclarer, le cas échéant, l'inconstitutionnalité (Cour const., *sent* n° 1 du 5 juin 1956, cons. en droit unique, *Giur. cost.*, 1956, p. 1 *sq.*).

rappellera, aussi, que le projet du gouvernement français limitait, initialement, le cadre de la QPC aux seules lois adoptées après l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958. La crainte de l'extension d'un contrôle qui aurait pour effet de retarder l'action du juge constitutionnel, conjuguée à celle liée aux lacunes du droit positif qu'un choix différent pouvait engendrer, expliquait l'option gouvernementale [49]. Finalement, ces craintes ne furent pas partagées par le Parlement, ce qui, sur ce point, place le système français à égalité avec le système italien.

On observera enfin que le Conseil constitutionnel, saisi de l'examen de dispositions législatives, reconnaît, à l'instar de la Cour italienne, qu'en posant une QPC « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation constante confère à la disposition [50] ». Cette position, logique, renvoie à la problématique de ce que l'on appelle en Italie le « droit vivant » et aux possibles « interprétations consolidées » des textes législatifs qui, lorsqu'elles existent, forment l'objet du jugement constitutionnel [51].

Cette relative similitude ne se retrouve pas, en revanche, lorsque l'on aborde les moyens qui peuvent être invoqués, de part et d'autre, à l'appui du recours en inconstitutionnalité.

Les moyens d'inconstitutionnalité invocables

C'est sans doute sur cette question que les différences s'accusent encore entre les deux systèmes. Alors, en effet, que le système italien entend largement la notion de « paramètre de constitutionnalité », le système français limite la catégorie des normes constitutionnelles invocables, en tant qu'étalon de référence, aux seuls « droits et libertés garantis par la Constitution ». C'est là une nuance majeure qui relève d'un choix délibéré du constituant français, qui n'a pas souhaité que la QPC puisse être posée au regard des règles constitutionnelles de procédure ou de compétence. En sorte que la disposition contestée doit être confrontée au contenu substantiel du bloc de constitutionnalité, dont on sait qu'il comprend, outre les articles de la Constitution, les droits et libertés

---

49. En ce sens, Massimo Cavino, « L'eccezione di incostituzionalità delle leggi », in *La Quinta Reppublica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Turin, Giappichelli, 2010, p. 130.

50. Par exemple, CC, 6 octobre 2010, 2010-39-QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, *JO*, 7 octobre 2010, p. 18154, cons. n° 2 (à propos de l'interprétation de la Cour de cassation de l'art. 365 du code civil).

51. Voir, sur cette importante question, Caterina Severino, *La Doctrine du droit vivant*, Aix-en-Provence-Paris, Economica-PUAM, 2003.

consacrés par la Déclaration de 1789, les principes particulièrement nécessaires à notre temps énoncés par le préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ainsi, le Conseil constitutionnel, dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, ne peut être « le gardien de la procédure législative ou du respect des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire [52] ».

La solution tranche sans conteste avec le système de la question incidente italienne pour laquelle, depuis fort longtemps, trois catégories de paramètres de constitutionnalité sont identifiées. C'est en ce sens la nature de la possible inconstitutionnalité qui est entendue plus largement en Italie. Mais la différence ne s'arrête pas là, si l'on considère la diversité des configurations normatives à partir desquelles le juge constitutionnel italien identifie des paramètres de constitutionnalité. C'est alors la nature des normes de référence invocables qui distingue encore les deux systèmes.

La nature de la possible inconstitutionnalité

L'article 23 de la loi 87 de 1953 renvoie « aux dispositions de la Constitution ou des lois constitutionnelles dont la violation est invoquée » pour l'identification de paramètres du jugement de constitutionnalité. La formule est très générale et ne contient aucune réserve qui limiterait le champ de la contestation de la conformité à la Constitution. De fait, on peut recenser trois catégories de dispositions dont le non-respect fonde l'inconstitutionnalité des actes législatifs contestés : celles « qui imposent ou interdisent des contenus déterminés ; [celles] qui prévoient des procédures précises pour l'élaboration des actes normatifs ; [celles] qui répartissent les compétences législatives entre les diverses autorités entre lesquelles l'organisation constitutionnelle distribue le pouvoir législatif [53]. » En d'autres termes, et contrairement au cadre français, la question incidente de constitutionnalité italienne admet que l'on puisse identifier, dans l'acte législatif, des vices de constitutionnalité externe et des vices de constitutionnalité interne [54].

Il appert ainsi que, du strict point de vue des catégories de paramètres de constitutionnalité, le système français est, là encore, en retrait par

52. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, Fayard, La Documentation française, 2007, p. 88.

53. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 1re éd., 1977, p. 21.

54. Pour reprendre une terminologie inspirée du contentieux administratif. Pour des précisions sur tous ces points, Augusto Cerri, *Corso…*, *op. cit.*, p. 121.

rapport au système italien. On doit cependant rappeler les nuances et interrogations qui avaient été émises à ce propos lors des travaux préparatoires de la loi organique, avant que le Conseil constitutionnel vienne préciser certaines questions depuis lors. Ainsi, le Conseil constitutionnel a admis, dès sa décision 2010-5 QPC du 18 juin 2010 *SNC Kimberly Clark*, qu'il pouvait, le cas échéant, censurer une incompétence négative du législateur dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, dans « le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit [55] ». S'agissant des objectifs de valeur constitutionnelle, la fine analyse selon laquelle le Conseil constitutionnel n'apporterait qu'une « réponse au cas par cas [56] » semble confirmée. De fait, la haute instance n'a pas exclu, semble-t-il, qu'un OVC puisse être érigé au rang de paramètre de constitutionnalité lorsque, là encore, il est étroitement corrélé à un droit ou une liberté : c'est sans doute ce que l'on peut déduire de la décision 2010-3 QPC du 28 mai 2010 par laquelle le Conseil considère que « le grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants de pensées et d'opinions est, en tout état de cause, inopérant [57] ». En revanche, lorsqu'une telle corrélation n'est pas identifiable, le Conseil constitutionnel est clair dans son refus de faire d'un OVC une norme de référence de son contrôle [58].

Malgré ces précisions, la différence subsiste entre un système qui ouvre largement les catégories de normes de constitutionnalité et un système qui ne s'en tient qu'aux dispositions constitutionnelles qui, soit directement, soit indirectement, garantissent les droits et libertés. Mais la différence s'accuse encore si l'on prend en considération la diversité de nature que peut revêtir la norme de référence dans le jugement constitutionnel italien.

La diversité des normes de référence invocables

Par diversité de nature des normes de référence invocables, on entend le fait que la Cour italienne ne se limite pas à prendre en compte, comme termes de comparaison, les règles, principes, normes et valeurs inscrits

55. CC, 18 juin 2010, 2010-5 QPC, *SNC Kimberly Clark*, *JO*, 19 juin 2010, p. 11149, cons. n° 3. Mais ceci ne vaut que pour les lois qui ne sont pas antérieures à la Constitution de 1958, comme l'a précisé le Conseil dans sa décision 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association sportive football club de Metz*, *JO*, 18 septembre 2010, p. 16953 (cons. n° 9).

56. Marc Guillaume, « La question prioritaire de constitutionnalité », art. cit., p. 7.

57. CC, 28 mai 2010, 2010-3 QPC, *Union des familles en Europe*, *JO*, 29 mai 2010, p. 9730.

58. Ainsi, CC, 22 juillet 2010, 2010-4 / 17 QPC, *M. Alain C. et autre*, *JO*, 23 juillet 2010, p. 13615 s'agissant de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (cons. n° 9).

dans la Constitution ou interprétés à partir de son contenu. Le champ des normes de référence s'étend, en effet, à d'autres types de paramètres qui élargissent encore l'angle de lecture du juge constitutionnel italien. Là encore, à l'évidence, la différence au regard du système français est patente, le Conseil constitutionnel ne pouvant s'abstraire du cadre, certes large, des droits et libertés garantis par la Constitution au sens plus haut décrit.

C'est ainsi que le système italien admet que des *norme interposte* (normes-relais ou interposées) soient érigées au rang de paramètres de constitutionnalité. D'inspiration doctrinale [59], ces normes renvoient à l'hypothèse où la Constitution ou d'autres sources de niveau constitutionnel encadrent la législation ordinaire non pas directement, mais en renvoyant à des dispositions contenues dans d'autres sources parfois, elles-mêmes, de rang ordinaire. Dit autrement, il s'agit de normes qui s'intègrent au paramètre de constitutionnalité et qui lui permettent d'être concrètement effectif, la Cour constitutionnelle précisant que ce sont des « normes subordonnées à la Constitution mais de rang intermédiaire entre elle et la loi ordinaire [60] ». Ainsi, le juge des lois italien ne se limite pas à identifier comme paramètres de constitutionnalité des lois formellement constitutionnelles, mais parvient à inclure d'autres sources dans la catégorie des normes de référence de son jugement. Et l'on observera que nombreuses sont les normes *interposte* qui ont été recensées par la *Consulta* même si, la Cour l'observe elle-même, il est parfois contesté que ces normes renvoient à une catégorie unitaire [61].

L'exemple le plus cité à ce titre est sans doute celui que fournit l'article 76 de la Constitution italienne concernant la possible délégation du pouvoir législatif [62]. Le décret législatif, ayant valeur législative, se trouve en effet limité par la loi de délégation qui fait office de norme

59. L'expression « source ou norme *interposta* » a été introduite dans le langage juridique par Carlo Lavagna dans son ouvrage *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della « manifesta infondatezza »*, Milan, Giuffrè, p. 28 *sq*.

60. Voir, par exemple, Cour const., *sent* n° 348 du 22 octobre 2007 (cité note n° 11), *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 (cons. en droit n° 4-5). En l'espèce, la Cour constitutionnelle reconnaît que les obligations internationales – plus précisément, les obligations dérivant de la ratification de la CEDH et de son protocole additionnel – doivent être rangées dans la catégorie des normes *interposte* à la lumière de l'article 117 alinéa 1er de la Constitution : « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales. »

61. C'est ce que précise la Cour dans l'arrêt 348 de 2007 précité (cons. en droit n° 4-5).

62. Article 76 de la Constitution italienne : « L'exercice de la fonction législative ne peut être délégué au Gouvernement que sous réserve de la détermination de principes et de critères directeurs et seulement pour une durée limitée et des objets définis ».

interposta (avec valeur législative également) en ce qu'elle détermine les principes et critères directeurs et les limites de temps et d'objets qu'impose la Constitution. En sorte que la violation, par le décret législatif, de la loi de délégation est assimilée à la violation médiate de l'article 76 de la Constitution [63]. Mais la technique de la norme *interposta* concerne également d'autres situations variées impliquant des configurations et des sources normatives de niveau différent, mais dont le point commun est de permettre au juge des lois italien d'identifier une éventuelle violation de la Constitution [64].

On le voit, qu'il s'agisse de la nature de la possible inconstitutionnalité ou de celle des normes de référence invocables, l'« arc constitutionnel » n'a pas le même nombre de cordes si l'on compare les deux systèmes. Partant, les ressources ne sont assurément pas les mêmes pour traquer les inconstitutionnalités qui se peuvent concevoir.

En définitive, au terme de cette (trop brève) comparaison, un constat s'impose : certes, la QPC n'est pas, à l'évidence, qu'une pâle imitation de la question préjudicielle italienne. Elle répond à une logique substantiellement identique et le « renversement de perspective » plus haut évoqué relève de l'évidence. La greffe est en train de prendre et l'on ne peut que s'en féliciter, même si l'avenir devra faire œuvre constructive pour gommer les aspérités d'un mécanisme encore expérimental. Reste que la question se pose de savoir si l'heure de 2008 n'était pas trop tardive pour procéder à l'importation longtemps retardée de la question de constitutionnalité. Reste aussi que la QPC a ses raisons que la raison italienne ne connaît point. Ce sont sans doute ces raisons qui ont inspiré le constituant et le législateur organique français et qui expliquent les différences et nuances entre les deux systèmes. Des raisons qui tiennent au lieu et au temps qui accueillent la QPC et qui font d'elle ce qu'elle est ; en somme, le conditionnement culturel auquel elle doit être et a été assujettie.

Ab origine fidelis.

---

63. C'est par l'arrêt n° 3 du 16 janvier 1957 que la Cour constitutionnelle admet, pour la première fois, une telle hypothèse de contrôle, *Giur. cost.*, 1957, p. 11 *sq*.

64. Sur les différentes hypothèses de normes *interposte*, voir Augusto Cerri, *Corso…*, *op. cit.*, p. 109 *sq*.

RÉSUMÉ

La question prioritaire de constitutionnalité est assurément proche de la question préjudicielle de constitutionnalité italienne. L'identité de principe entre les deux systèmes tient à l'hybridation du contrôle de constitutionnalité des lois par la garantie de prétentions subjectives et à la relation dialectique conséquente juges a quibus*/juge constitutionnel. Néanmoins, cette « communicabilité » laisse place à des différences et nuances quant aux choix opérés des deux côtés des Alpes pour la mise en œuvre des mécanismes. Ces différences et nuances se constatent du point de vue de l'introduction du recours en inconstitutionnalité et des normes impliquées dans le jugement constitutionnel. Elles reflètent le conditionnement culturel des deux États et la fidélité aux origines.*