

L'INTERVENTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL
DANS L'EXERCICE DU POUVOIR CONSTITUANT

La plupart des débats relatifs à la légitimité du juge constitutionnel se sont focalisés sur son rôle présumé, et souvent critiqué, de législateur ou de quasi-législateur¹. Il peut paraître étonnant que la critique d'un juge « constituant » ait été moins exploitée. Elle a trouvé un écho en Italie entre 2014 et 2016, lorsque se sont entremêlées une tentative de révision de la Constitution, une réforme du mode de scrutin des élections législatives et le contrôle de la constitutionnalité des lois électorales. Ce dernier contrôle, nouveau et étonnant sous plusieurs aspects, a débuté en 2014 avec l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 1/2014 rendu le 13 janvier 2014, qui a déclaré l'inconstitutionnalité d'une grande partie de la loi électorale alors en vigueur. Les conséquences sont tout particulièrement intéressantes du point de vue des interactions entre l'office du juge constitutionnel et l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle.

La décision constitutionnelle de 2014 intervint au début d'une nouvelle période politique en Italie : celle du gouvernement de centre gauche de Matteo Renzi, en fonction de février 2014 à décembre 2016, et de ses « chantiers² » constitutionnels. Durant cette période, deux réformes d'envergure furent engagées. L'une aboutit, l'autre provoqua la démission du gouvernement. La première réforme est celle de la loi électorale pour les élections législatives, devenue urgente³ à la suite de la décision du juge constitutionnel qui vient d'être évoquée ; la seconde, la révision de la deuxième partie de la Constitution (« Ordre constitutionnel de la République »), fut désavouée par le référendum constitutionnel de décembre 2016.

¹ Pour une étude descriptive des arguments justifiant et critiquant le rôle de juges constitutionnels dans la loi comme expression de la volonté générale, voir M. TROPER, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *Analisi e diritto*, 1999, p. 131-144. Pour une grille de lecture des outils du Conseil constitutionnel français employés pour intervenir dans le travail législatif, voir B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel “législateur positif” ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC*, 62, 2010, p. 507-531.

² G. CAHIN, « L'évolution de la République italienne », *RFDC*, 48, 2001, p. 705 ; on parle des « deux chantiers » de Matteo Renzi pour parler de ses réformes constitutionnelle et électorale (voir *infra*). P. PASQUINO évoque dans un sens proche un « laboratoire d'expérimentation institutionnel » (« Les transformations du système politique (1992-2000) », in S. CASSESE (dir.), *Portrait de l'Italie actuelle*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 35).

³ Comme l'avaient rappelé plusieurs personnalités institutionnelles et politiques dès les résultats des élections de 2013. La réforme est fortement souhaitée à la fois par le Président de la République de l'époque, Giorgio Napolitano (dans un discours du 22 avril 2013), et par le Président de la Cour constitutionnelle, Franco Gallo, dans son rapport sur la jurisprudence constitutionnelle en 2012, présentée le 12 avril 2013.

Si le terme de *chantier* revient autant lorsqu'est évoqué le système institutionnel italien, ce n'est pas un hasard : ses transformations se caractérisent par le fait de ne jamais être véritablement achevées et ses crises jamais véritablement terminées⁴. Ainsi la question de l'évolution des lois électorales en Italie a toujours été à la fois complexe et très controversée. Pour la comprendre, il faut revenir au point de départ du nouveau régime marquant la fin du fascisme : la République italienne fondée par la Constitution du 1^{er} janvier 1948 et son « esprit proportionnel », qui avait déjà marqué le mode de scrutin pour l'élection de l'Assemblée constituante en 1947. Les premières lois électorales républicaines prévoyaient un scrutin proportionnel de liste pour les élections législatives et ce, à peu d'exception près, jusqu'en 1993. Seul ce mode de scrutin permettait à tous les partis antifascistes de constituer leur base de légitimité et d'avoir une représentation parlementaire. À partir de 1993, et jusqu'à 2005, le système évolua vers un mode de scrutin mixte à tendance majoritaire : le scrutin majoritaire s'appliquait aux trois quarts des sièges parlementaires (scrutin majoritaire à circonscriptions uninominales), tandis qu'un quart des sièges était reparti à la proportionnelle. À partir de 2005, un nouveau changement se dessina, puisque la majorité de centre-droit mit en place un nouveau mode de scrutin sur une base proportionnelle avec une prime majoritaire pour la liste, ou la coalition, qui obtient la majorité relative des suffrages. Cette loi, dite « loi Calderoli », du nom du sénateur d'extrême droite qui l'avait portée (et ensuite surnommée, par son auteur même, « *Porcellum* » ou « cochonnerie »), a été, dès son entrée en vigueur, fortement critiquée sur le terrain de la constitutionnalité. Faute de consensus politique pour la modifier, elle est restée en vigueur jusqu'aux élections de 2013, puis jusqu'au moment où la Cour constitutionnelle en a censuré une bonne partie, ouvrant la voie, probablement destinée à durer, d'un contrôle par le juge constitutionnel de l'effectivité de l'exercice du droit de vote (constitutionnellement garanti) dans le cadre du système électoral. La nouvelle loi électorale, écrite en réaction à cette censure et en vigueur aujourd'hui, fut promulguée le 6 mai 2015 et soumise au contrôle de constitutionnalité pendant l'année 2016. Le point de départ de la présente réflexion sera l'arrêt n° 35/2017 rendu par la Cour constitutionnelle italienne le 9 février 2017⁵ à ce sujet.

Le contrôle de constitutionnalité des lois électorales, qui n'avait jamais eu lieu avant 2014 pour des raisons procédurales qui seront détaillées par la suite, a des conséquences importantes sur d'innombrables aspects du système constitutionnel italien : elles vont d'une possible modification tacite du mode d'accès à la justice constitutionnelle⁶ à une nouvelle façon d'opérer le

⁴ Comme le dit N. BOBBIO, « La crise permanente », *Pouvoirs*, 18, 1981, p. 8 : « une alternance continue de crises gouvernementales, souvent très longues, et de gouvernements en crise, souvent très brefs ».

⁵ *Corte costituzionale della Repubblica italiana*, arrêt n° 35 de 2017, 9 février 2017, disponible en ligne : <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Une version abrégée de la décision est également disponible en traduction anglaise : http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/2017_35_EN.pdf.

⁶ Cet aspect ne sera pas étudié ici, mais a été au cœur du débat constitutionnaliste en Italie à la suite des arrêts de 2014 et 2017 ; voir pour des premières réactions à l'ouverture d'un ac-

contrôle de proportionnalité par le juge italien, jusqu’à l’apparition d’un système électoral – expression typique de la décision politique – pour la première fois « écrit » par le juge constitutionnel. Pour les élections sénatoriales, le système qui ressort de la censure de la loi n° 270 2005, annulée partiellement par l’arrêt de 2014, est un système proportionnel avec des seuils élevés pour accéder à la répartition des sièges (8% pour les partis politiques et 20% pour les coalitions avec un seuil de 3% pour les partis qui composent chaque coalition). Pour les élections législatives des députés, le système est celui qui est issu de la censure de la loi n° 52 de 2015 par l’arrêt de 2017, c’est-à-dire un système proportionnel à un tour avec une prime majoritaire attribuée à la liste qui obtient 40 % des suffrages exprimés ; pour le reste, et si aucune liste n’atteint 40 % des voix, le système de répartition des sièges reste proportionnel avec un seuil d’accès de 3 %.

Le mode de scrutin qui vient d’être décrit est un dispositif « résiduel », construit au scalpel par la jurisprudence⁷, alors même que la Cour constitutionnelle italienne ne bénéficie pas d’une compétence en matière électorale du même type que le Conseil constitutionnel français. Malgré des projets de réforme, le contentieux électoral n’est jamais arrivé jusqu’au Palais de la *Consulta*⁸. En 1997, la tentative pour faire de la Cour constitutionnelle un juge électoral échoua ; il s’agissait pourtant seulement d’en faire un juge du contentieux des élections et non pas un organe de contrôle de l’organisation de celles-ci, comme c’est le cas du Conseil constitutionnel qui exerce les deux fonctions. Pour l’élection du Président de la République par les parlementaires, la Cour aurait eu comme fonction de décider des recours en matière d’élection, d’inéligibilité et d’incompatibilité. Pour les élections législatives, dont l’enjeu est bien plus important dans un régime parlementaire comme l’Italie, la fonction de juge des élections serait restée moins importante que celle du Conseil français⁹. Cette tentative de révision constitution-

cès « quasi-direct » à la Cour constitutionnelle italienne, M. D’AMICO & S. CATALANO (DIR.), *Prime riflessioni sulla « storica » sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milan, Franco Angeli, 2014. Voir également, pour une critique, P. PASSAGLIA, « Sull’inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale : qualche riflessione (ed una provocazione) », disponible en ligne : http://www.idr.unipi.it/documenti/persdoc/contributi/Ricorso_diretto_individuale.pdf.

⁷ En conséquence de plusieurs années d’inertie législative à ce sujet, puisque, à cause de l’instabilité et la fragmentation du régime des partis politiques italiens depuis le début de la Seconde République, il avait été longtemps impossible de se mettre d’accord pour modifier le mode de scrutin. L’histoire politique des partis italiens et leurs évolutions ne fera pas l’objet d’un approfondissement du fait de son caractère trop éloigné de la matière ici examinée. Pour une étude approfondie de ces évolutions dans la période 2005-2006, voir F. LAFFAILLE, « La “disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l’ingénierie constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 70, 2007, p. 381-440.

⁸ Du nom du palais historique qui héberge la Cour constitutionnelle italienne à Rome.

⁹ Ainsi « le modèle français ne semblait pas complètement suivi, non seulement parce qu’en premier lieu la Chambre aurait de toute façon dû se prononcer par des décisions susceptibles de recours devant la Cour constitutionnelle, mais aussi parce que la limitation de l’intervention de la Cour constitutionnelle comme *extrema ratio* – qui est évidente – aurait difficilement offert à celle-ci la possibilité également de développer, comme le Conseil constitutionnel, une jurisprudence analogue à celle du cas “Delmas”, qui a permis au juge constitutionnel français de s’attribuer aussi un rôle préventif par rapport à la phase plus proprement contentieuse » (P. COSTANZO, « La “francisation” de la justice constitutionnelle

nelle afin de modifier le rôle de la Cour, proposée par une Commission bicamérale *ad hoc*, échoua en emportant avec elle la méthode elle-même¹⁰.

L'absence de toute compétence du juge constitutionnel pour le contentieux électoral met en évidence une certaine méfiance envers les juges lorsqu'il s'agit de contrôler les expressions du suffrage universel. L'article 66 de la Constitution italienne confie cette compétence à chaque Chambre parlementaire pour « les titres d'admission de ses membres et des causes d'inéligibilité et d'incompatibilité qui surviendraient *a posteriori* ». En conséquence, tout contentieux juridictionnel sur le processus électoral et sur les résultats des élections est également absent, ce qui paraît d'autant plus problématique en termes de séparation des pouvoirs avec un scrutin (à tendance) majoritaire qu'avec le scrutin totalement proportionnel qu'avaient en tête les Constituants de 1947.

Traditionnellement, le juge constitutionnel italien est tenu à l'écart du système électoral, à la fois par le texte constitutionnel et par une conception de la séparation des pouvoirs qui l'amène à refuser de s'y immiscer. Mais cette époque semble désormais révolue. Dès lors que l'on s'intéresse à la jurisprudence très récente, le changement saute aux yeux : le juge constitutionnel s'est attribué une compétence de contrôle des lois électorales. Il intervient désormais dans cette matière à la fois « politique », puisqu'elle a un lien intime avec la représentation, et « constitutionnelle » puisqu'elle concerne l'organisation des pouvoirs publics. L'objet ici traité sera de comprendre la nature et les ressorts, ainsi que de souligner les ambiguïtés, de cette intervention du juge constitutionnel.

Ainsi les lois électorales ont-elles la particularité de se situer dans un équilibre instable entre opportunité politique discrétionnaire et obligation de respecter la Constitution¹¹. Cette instabilité se perçoit plus que jamais dans la récente jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le système électoral parlementaire. Si les lois électorales touchent la matière constitutionnelle (I), un contrôle juridictionnel ambigu de leur constitutionnalité invite le juge à interagir avec le pouvoir constituant (II).

italienne : dans quel sens ? », *ConsultaOnline*, 3 décembre 2009, disponible en ligne : <http://www.giurcost.org/studi/CostanzoParis.htm>).

¹⁰ En effet, trois tentatives de révision constitutionnelle avaient déjà été faites de révision dite « par commission bicamérale », en dérogation de la procédure formelle prévue par la Constitution à l'article 138, et aucune n'avait abouti : à partir de l'échec de 1997, la procédure formelle prévue à l'article 138 C dans son ensemble a presque toujours été privilégiée, vu la quasi-unanimité des critiques des constitutionnalistes contre les tentatives dérogoires. Cet aspect procédural est important lorsqu'on parle de l'exercice du pouvoir constituant en Italie et il conviendra d'y revenir : voir *infra*, § I, B.

¹¹ V. TONDI DELLA MURA, « Ma la discrezionalità legislativa non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 e 35/2017 », *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 14 avril 2017.

I. LE CARACTÈRE MATÉRIELLEMENT CONSTITUTIONNEL DES LOIS ÉLECTORALES

Le domaine électoral se situe à mi-chemin entre droit et politique. Il est donc difficile de savoir ce qui relève de l'un et de l'autre :

[S]i la régularité juridique de l'élection est une condition nécessaire de sa signification politique, elle ne détermine en revanche nullement celle-ci. L'élection au sens du droit électoral est nue¹².

En effet, l'élection peut recevoir une définition juridique et une définition politique sans que ces deux significations n'épuisent le concept, et sans que l'on puisse déterminer auquel des deux domaines il appartient. Ce qui est certain, en revanche, est le caractère constitutionnel – au sens matériel, lorsqu'elles sont absentes du texte constitutionnel – des règles qui encadrent les élections : elles constituent même un fondement du droit constitutionnel et la tension entre droit et politique qui ressort de leur étude n'en est qu'une preuve supplémentaire¹³. Cependant, et c'est tout le paradoxe¹⁴, rien de ce qui concerne le mode de scrutin ne relève formellement de la Constitution italienne de 1948, pas plus que d'autres constitutions (françaises de 1946 et 1958, allemande, etc.), qui renvoient également au législateur pour l'adoption du système électoral. Que la règle électorale appartienne au domaine constitutionnel, cela a été maintes fois souligné par la doctrine¹⁵. Ces règles semblent rentrer parfaitement dans la définition de la constitution matérielle, qui est, selon son premier théoricien Costantino Mortati, un ensemble de normes qui, même sans faire partie de la constitution écrite, constituent la réalité constitutionnelle et structurent « l'organisation des forces sociales autour d'intérêts et fins¹⁶ » politiques ; des « normes qui donnent son "identité" à un ordre juridique, car elles sont liées à un "projet ordon-

¹² J.-M. DENQUIN, « Préface », in B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2011, p. XIII.

¹³ Voir. B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49 : « l'écart entre le statut *juridique* de l'élection et la signification *politique* qu'elle a prise comme les conséquences symboliques qui en sont tirées, loin d'être négligeable dans un sens acquis d'avance, forme en réalité une *tension* [...]. Ce constat de l'écart criant entre la définition juridique de l'élection et les effets dits "politiques" – au sens d'ensemble de faits et de comportements non normatifs – qu'elle est réputée produire, significativement eux-mêmes désormais liés à la question électorale constitue un objet d'étude trop longtemps négligé [...]. L'ontologie juridique de l'élection tant en tant que procédé de désignation que concept prenant place au sein de la théorie de l'État que, plus généralement, de fondement qu'elle semble constituer en droit constitutionnel, serait même précisément à rechercher dans la tension entre le droit et la politique, dualisme qu'il est par nature difficile de dépasser dans les phénomènes constitutionnels où la pratique se distingue mal de la théorie ».

¹⁴ Pour une analyse de ce paradoxe soulevé à plusieurs reprises par la doctrine française, voir L. SEUROT, « Faut-il constitutionnaliser le mode de scrutin aux élections législatives ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 103, 2015, p. 657 *sq.*

¹⁵ Voir *ibid.*

¹⁶ C. MORTATI, « La Costituzione in generale », in *Una e indivisibile*, Milan, Giuffrè, 2007, p. 127 *sq.* L'ouvrage est une réédition de l'entrée « Constitution » de l'*Encyclopédie du droit* de 1962 (*Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1962, vol. XI.).

nant¹⁷ » ; et encore « l'ensemble des principes fondamentaux qui qualifient le régime politique en vigueur dans un certain ordre juridique et qui coïncident rarement avec la constitution formelle¹⁸ ». Mais il ne suffit pas d'annoncer l'appartenance des lois électorales à la matière constitutionnelle grâce à leur « fondamentale », il convient d'identifier plus précisément les liens qui les rattachent à la constitution (formelle) et cela dans chaque ordre juridique étudié. Pour la Constitution française de 1958, ces liens résident notamment dans le caractère fondateur du mode de scrutin majoritaire pour les députés, « pilier du régime » de la V^e République selon Maurice Duverger¹⁹. Il convient de les étudier pour ce qui concerne l'ordre constitutionnel italien où la question est d'une actualité juridique certaine. Trois liens importants se tissent en Italie entre lois électorales et Constitution : un lien doctrinal (A), un lien historico-politique (B) et un lien jurisprudentiel (C).

A. Un lien doctrinal

Comme l'écrit F. Laffaille, « un pays en crise politique et constitutionnelle est tenté de changer de loi électorale²⁰ ». En renversant cette perspective, on peut également affirmer qu'un pays qui change de loi électorale est un pays qui essaie de sortir d'une crise politique et constitutionnelle. En 1992, la crise politique et institutionnelle était à son comble en Italie, entre la dévaluation de la lire de 30 % et l'enquête judiciaire « Mains propres » (*Mani pulite*) qui atteignit son sommet avec la mise sous enquête judiciaire d'une grande partie de la classe politique italienne qui était au pouvoir sans interruption depuis les débuts de la République. Les élections législatives organisées la même année furent les dernières à la proportionnelle avec scrutin de liste et répartition des restes au niveau national, régime introduit par la loi postfasciste n° 6 du 20 janvier 1948. Ce mode de scrutin d'après-guerre avait eu comme conséquence l'absence totale d'alternance politique, puisque la Démocratie Chrétienne était restée au pouvoir sans interruption depuis 1948, face au Parti Communiste (PCI), principale force d'opposition ; le Parti socialiste s'était allié alternativement avec l'un ou l'autre sans que cela ne change véritablement les équilibres politiques. Cette période, qualifiée d'« ancien régime rigide²¹ » du point de vue électoral, était caractérisée par l'instabilité des gouvernements, qui ne duraient jamais beaucoup plus qu'un an, mais aussi par la continuité du personnel politique²². Instabilité gouvernementale (avec les blocages en termes de ré-

¹⁷ A. BARBERA, « Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica », in *Una e indivisibile, op. cit.*, p. 11.

¹⁸ A. PIZZORUSSO, « Articoli 138-139 », in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologne-Rome, Zanichelli, 1981, p. 705.

¹⁹ M. DUVERGER, « Le second pilier du régime », *Enjeu*, 6, 1983, p. 35-36.

²⁰ F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 432.

²¹ P. PASQUINO, « Les transformations du système politique (1992-2000) », art. cité, p. 36 *sq.*

²² *Ibid.*, p. 37 ; F. Laffaille, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 385 :

formes que cela comporte) et perte de confiance dans les dirigeants qui se révèlent corrompus, tels étaient les deux ingrédients de la crise de la démocratie italienne en 1993. L'impulsion vint alors du peuple : le 18 avril 1993, environ 83 % des électeurs italiens se prononcèrent en faveur de l'abrogation du système électoral proportionnel du Sénat à travers un référendum, donc contre le *statu quo*. Alors qu'un référendum ne peut qu'être, sur la base de l'article 75 de la Constitution italienne²³, abrogatif, celui-ci fut interprété positivement comme un signe en faveur de l'introduction d'un système électoral essentiellement majoritaire²⁴. Le Parlement suivit le mouvement référendaire en instillant de larges doses de scrutin majoritaire dans plusieurs modes de scrutin locaux : pour les communes et les provinces (loi n° 81 de 1993) et pour les régions (loi n° 45 de 1995). Au niveau national, les lois n° 276 et 277 de 1993 renouvelèrent le système électoral dans un sens majoritaire, respectivement pour la Chambre des députés et le Sénat ; elles prévirent un mode de scrutin mixte, où 75 % des sièges sont attribués au scrutin majoritaire et 25 % à la représentation proportionnelle (le système est dit « *Mattarellum*²⁵ »). Un seuil (« clause de barrage ») de 4 % pour accéder à la répartition proportionnelle des sièges fut prévu, afin d'éliminer les petits partis politiques – qui continuèrent en réalité à être représentés grâce au mécanisme complexe du « *scorporo* »²⁶.

La doctrine italienne interpréta cette évolution du mode de scrutin, bien que de nature législative, comme la principale composante d'une *évolution constitutionnelle matérielle* : plusieurs auteurs y virent l'avènement d'une Seconde République, soulignant la fin de la partitocratie antérieure²⁷. Les

« l'instabilité allant de pair, c'est un classique du régime d'assemblée, avec la pérennité du personnel politique ». Cette considération ne peut qu'être reprise aujourd'hui, comme cela est montré par le mot d'ordre de l'arrivée de Matteo Renzi au pouvoir, la « *rottamazione* » (« mise à la casse »).

²³ Article 75 de la Constitution italienne : « Un référendum populaire est fixé pour décider l'abrogation, totale ou partielle, d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi, lorsque cinq cent mille électeurs ou cinq conseils régionaux le demandent. Le referendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation à ratifier des traités internationaux. Tous les citoyens appelés à élire la chambre des députés ont le droit de participer au referendum. La proposition soumise au referendum est approuvée si la majorité des électeurs a participé au scrutin, et si la majorité des suffrages valablement exprimés a été atteinte. La loi établit les modalités d'application du référendum ».

²⁴ Le référendum était promu par un « Comité de réforme électorale », donc l'interprétation des résultats fait peu de doutes ; voir aussi G. CAHIN, « L'évolution de la République italienne », art. cité, p. 710.

²⁵ L'expression « *Mattarellum* » renvoie à Sergio Mattarella, député de l'époque et actuel Président de la République, initiateur de la loi de 1993, et vient de G. SARTORI, *Il Corriere della Sera*, 19 juin 1993 ; elle est reprise comme formule pour toutes les autres lois électorales : le « *Porcellum* » de 2005 ; l'« *Italicum* » de 2016 ; le « *Consultellum* », le système électoral qui reste en vigueur à la suite des arrêts de la Cour constitutionnelle (la *Consulta*) n° 1/2014 et n° 35/2017.

²⁶ P. PASQUINO, « Les transformations du système politique (1992-2000) », art. cité, p. 39. Il s'agit d'un mécanisme qui consiste, dans le cadre de la répartition du pourcentage des sièges à la proportionnelles, à soustraire aux listes les voix obtenus par les candidats déjà élus dans les circonscriptions.

²⁷ M. CACIGLI, « Italie 1993, Vers la Seconde République ? », *RFSP*, 1993, p. 229-256 ; G.U. RESCIGNO, « A proposito di prima e seconda repubblica », *Studi parlamentari e di*

élections de 1994, les premières avec la nouvelle loi électorale, firent implorer la Démocratie Chrétienne au profit de deux nouvelles coalitions. Les conséquences de ce nouveau mode de scrutin furent multiples et n'étaient pas toutes attendues : l'apparition d'une alternance politique ; la naissance des coalitions comme nouveaux acteurs qui se substituent aux partis ; la bipolarisation de la vie politique. Mais l'un des effets recherchés et qui ne se produisit pas est celui de la stabilité gouvernementale, ce qui conduisit les commentateurs à parler de « bipolarisme imparfait²⁸ » en Italie. C'est un bipolarisme fragile, ou fragilisé par le régime parlementaire avec bicaméralisme parfait, qui empêche l'investiture du gouvernement lorsque les deux Chambres n'ont pas la même majorité (ce qui est possible notamment du fait que l'électorat n'est pas le même²⁹). La place importante des partis politiques est également l'une des causes d'imperfection du bipolarisme italien, qui voit « la présence encore encombrante de partis anti-système, la Ligue (à droite) et Refondation communiste (à gauche)³⁰ ». Il n'empêche qu'un certain bipolarisme fut créé par cette loi électorale ; des coalitions de centre-droit et de centre-gauche remportèrent alternativement les élections, comme en 1994 (Berlusconi) et 1996 (Prodi).

Ces changements profonds dans le système politique permirent de dire que, en Italie, « la constitution matérielle s'écrit au jour le jour³¹ » à travers des modifications tacites ou « changements constitutionnels informels³² ». Le changement constitutionnel n'est pas informel du fait d'une interprétation qui modifie le sens du texte constitutionnel tout en laissant l'énoncé inchangé, mais du fait qu'il se manifeste dans une loi ordinaire, et n'emploie donc pas la procédure de révision de la constitution formelle prévue. L'avènement d'un régime politique à caractère fortement majoritaire, fondé sur l'alternance et la bipolarisation, a conduit la doctrine italienne à y rattacher la fin de la Première République et la naissance de la Seconde. Il est évidemment possible de critiquer la pertinence scientifique et pédagogique de l'identification par la doctrine de ces « changements de cadre constitutionnel³³ », voire de la juridicité du concept même de constitution maté-

politica costituzionale, 27, 1994, p. 5-26 ; B. BEAUCHESNE, « Italie : l'hypothétique changement de République », *RDP*, 1996, p. 97-142. Sur cette période, voir également le numéro spécial de *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, « Ancora su transizione e confusione », 28, 1995, p. 5-95 ; A. CHIAPPETTI, *La Costituzione vivente italiana*, Turin, Giappichelli, 2011, p. 210.

²⁸ P. PASQUINO, « Les transformations du système politique (1992-2000) », art. cité ; L'expression avait déjà été employée dans les années 1960, voir G. GALLI, *Il bipolarismo imperfetto*, Bologne, Il Mulino, 1966.

²⁹ Aux élections sénatoriales, seuls peuvent voter les majeurs de 25 ans.

³⁰ P. PASQUINO, « Les transformations du système politique (1992-2000) », art. cité, p. 41.

³¹ F. LAFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, spéc. p. 383.

³² Ces changements ou modifications constitutionnels sont « informels » au sens donné par M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Paris, LGDJ, 2015, p. 50 : « l'expression “informel” sera strictement reliée au changement que les auteurs estiment être intervenu en dehors de la procédure de révision et qui, dans l'immense majorité des cas, laisse le texte inchangé ».

³³ *Ibid.*, p. 176.

rielle³⁴ ; mais il est indéniable que dans le discours dominant de la doctrine italienne, ce changement dans la constitution matérielle, qui pour certains est même le signe de la transition vers une constitution non écrite³⁵, est bien produit par le changement de mode de scrutin et ses conséquences politiques et institutionnelles³⁶. Elle est sans doute un « mutant constitutionnel³⁷ » ; la Seconde République n'en est pas moins liée, dans le discours doctrinal, à une nouvelle loi électorale. À ce premier lien se rajoute l'histoire politique italienne.

B. Un lien historico-politique

Les lois électorales qui se sont succédées en Italie sont liées non seulement à des changements constitutionnels matériels tacites ou informels, mais aussi à des révisions constitutionnelles formalisées – ou du moins à plusieurs tentatives qui souvent n'ont pas abouti. Des projets de révision de la Constitution ont été portés à deux reprises en parallèle aux réformes électorales, en 2005 et en 2015. Ils montrent sous un angle historique et politique que les deux matières – électorale et constitutionnelle –, à défaut d'être sur le même plan au niveau des sources du droit, sont consubstantielles de fait. Il convient pour éclairer ce point de se pencher d'abord rapidement sur la procédure formelle de révision de la Constitution en Italie.

Les révisions constitutionnelles sont régies par les articles 138 et 139 C, qui mettent en place un pouvoir constituant dérivé *limité* (par l'interdiction de réviser « la forme républicaine du gouvernement » de l'article 139 C) dans le cadre d'une constitution *rigide* mais *non immuable*³⁸. Le caractère rigide de la nouvelle Constitution est à tel point acquis que le débat en Assemblée constituante sur ces deux articles se fit en une seule après-midi

³⁴ Le problème que pose F. LAFFAILLE est alors celui du contenu juridique du concept même de constitution matérielle : produite par le fin esprit de Costantino Mortati (pour une analyse de la tentative de Mortati de concilier droit et politique, norme et fait, par la constitution au sens matériel, voir E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, 2016, p. 445 *sq.*), où commence-t-elle et où se termine « une dérive politique subjective peu teintée de juridicité ? » (F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 384).

³⁵ G. U. RESCIGNO, « Una transizione verso una Costituzione non scritta », in S. LABRIOLA (DIR.), *La transizione repubblicana, Studi in onore di G. Cuomo*, Padova, CEDAM, 2000.

³⁶ « Le caractère fortement majoritaire du mode de scrutin adopté en 1993 (le « *Mattarel-lum* »), la personnalisation duale de la vie politique, la modification des règles des Assemblées parlementaires emportant une discrète mais fondamentale rationalisation du parlementarisme [...] tous ces éléments ont contribué à changer la donne constitutionnelle » (F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 382).

³⁷ *Ibid.*, p. 384.

³⁸ Rigidité et caractère non immuable sont les deux principes que l'Assemblée constituante a voulu concilier avec les articles 138 et 139 C, voir V. ATRIPALDI, « La disciplina del procedimento di revisione costituzionale nel ddl n. 813 del 2013 », art. cité, p. 3. Voir également A. PIZZORUSSO, « Articoli 138-139 », art. cité, p. 703.

le 3 décembre 1947, lors de l'adoption de l'amendement Perassi, dont le projet fut repris pratiquement tel quel dans les articles consacrés à la révision. Les lois constitutionnelles dont la procédure est décrite par ces deux articles peuvent être distinguées en fonction de leur contenu en trois catégories (de révision, intégratives ou applicatives), mais font partie d'une seule catégorie formelle³⁹. Pour l'adoption de telles lois, la procédure est en substance la même que pour les lois ordinaires, à l'exception de deux conditions qui font la rigidité de la Constitution de 1948. Tout d'abord, la loi doit être approuvée deux fois par chaque Chambre parlementaire en termes identiques, avec un délai de trois mois qui doit courir entre les deux délibérations de chaque Chambre. De plus, la deuxième approbation nécessite la majorité absolue des membres de chaque chambre, mais la révision n'a de caractère définitif que si elle est approuvée à la majorité des deux tiers. Ensuite – et c'est la deuxième condition – en cas de majorité simple, un délai de trois mois s'ouvre pendant lequel l'approbation de la révision peut être soumise à référendum, dans les mêmes termes que le référendum législatif abrogatif (sauf pour la condition du *quorum* qui est ici absente)⁴⁰.

Le choix du référendum pour l'intervention du peuple dans la procédure de révision – l'un des principes nécessaires à une révision constitutionnelle démocratique – écarta l'autre proposition faite par l'un des constituants, la dissolution automatique des Chambres immédiatement après l'adoption d'une loi constitutionnelle⁴¹. Le peuple-contrôleur de la Constitution fut préféré au peuple-électeur. La procédure de révision constitutionnelle en Italie est donc plus complexe que la procédure législative, mais pas au point de rendre la Constitution impossible à réviser. Et pourtant, on compte en Italie bien plus de révisions constitutionnelles avortées que réussies, notamment lorsqu'il s'agit de modifications profondes liées à la deuxième partie de la Constitution qui concerne l'organisation institutionnelle de la République.

Le grand nombre de tentatives de révisions constitutionnelles⁴² répond à l'« obsession constituante » que l'Italie connaît depuis désormais plus de vingt ans : la « crise » de la Constitution dont Bobbio a parlé longuement est l'objet d'un débat particulièrement vif en Italie. La Seconde République italienne est à peine installée qu'on annonce déjà une Troisième République jamais atteinte⁴³. Cette obsession fut nettement visible en 2005-2006, quand

³⁹ A. PIZZORUSSO, « Articoli 138-139 », art. cité, p. 714.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 718.

⁴¹ C'est la proposition du député Paolo Rossi, voir V. ATRIPALDI, « La disciplina del procedimento di revisione costituzionale nel ddl n. 813 del 2013 », art. cité, p. 3.

⁴² L'histoire des modifications constitutionnelles en Italie est longue et complexe. Si l'on se limite aux tentatives de révisions du bicaméralisme parfait, qui ont toutes échoué, on peut en compter huit : celle de la commission bicamérale Bozzi (1983-1985) ; de la commission bicamérale De Mita-Iotti (1992-1994), du comité Speroni (1994) ; et de la dernière commission bicamérale D'Alema (1997-1998) ; puis le comité Brigandi (2002-2004) ; le projet de la première commission de la Chambre des députés (dit Violante) de 2007 et celle du gouvernement Letta de 2013 ; jusqu'à la toute dernière, la Renzi-Boschi de 2015-2016.

⁴³ « L'Italie, par le truchement d'un mouvement pendulaire inédit, oscille en permanence entre une Seconde République incapable de faire son lit et de s'enraciner, et une Troisième République projetée, annoncée et portée par un révisionnisme normatif récurrent »

l'une des multiples révisions constitutionnelles inachevées en Italie était en cours de réflexion. Les mots d'ordre étaient déjà la « stabilité politique » et la « gouvernabilité » que la modification matérielle de 1993-1994 n'avait pas réussi à atteindre, car le système restait réticent à la nouvelle logique majoritaire⁴⁴.

La révision de 2005 fut la tentative la plus poussée, sans pour autant être menée à son terme : approuvée par le Parlement en novembre 2005, elle fut rejetée par le peuple en juin 2006⁴⁵. Elle tendait à réformer le bicamérisme parfait en modifiant le rôle du Sénat, qui n'aurait plus eu une fonction législative aussi importante que la Chambre, ni la possibilité d'engager la responsabilité du gouvernement. Ce dernier voyait ses pouvoirs renforcés ; son chef, désormais appelé Premier ministre, devenait le détenteur du pouvoir de dissolution à la place du Président de la République. Parmi d'autres, certaines modifications cherchaient à construire un parlementarisme davantage rationalisé, du fait par exemple de la motion de censure constructive et de l'impossibilité de former une autre majorité parlementaire que celle issue des élections législatives. Cette révision avait été très fortement critiquée à l'époque par la grande majorité de la doctrine italienne à la fois sur sa forme (car son adoption par le Parlement à la majorité simple invitait à s'interroger sur la réelle rigidité de la Constitution de 1948) et sur le fond, en ce qu'elle mettait en place un « *premierato* » (système primo-ministériel) *fort*, du fait des grands pouvoirs de l'exécutif⁴⁶, et en même temps *faible*, du fait de la fragmentation du paysage des partis politiques italiens⁴⁷.

En même temps que cette tentative avortée de révision constitutionnelle, le mode de scrutin de 1993 fut remplacé par la loi n° 270 du 21 décembre 2005. Après douze ans d'intermède, l'Italie redevint une « République proportionnelle » : la loi Calderoli (le tristement célèbre « *Porcellum* ») donna lieu à un système de répartition des sièges à la proportionnelle de coalition, avec une prime majoritaire de 340 sièges (sur les 630 qui composent la Chambre des députés) et différents seuils pour l'accès à la répartition des sièges (2 % pour les formations coalisées, 4 % pour les partis

(F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 384).

⁴⁴ Voir A. MANZELLA, « La forma di governo in transizione », *Quaderni costituzionale*, 1995, p. 230 ; F. LANCHESTER, « Il cambiamento difficile e la “bomba ad orologeria” del referendum », *Federalismi.it*, 18 avril 2007, p. 5 ; et les considérations de P. Pasquino sur le caractère imparfait de la bipolarisation, in P. PASQUINO, « Les transformations du système politique (1992-2000) », in S. CASSESE (dir.), *Portrait de l'Italie actuelle*, Paris, Les études de la Documentation française, 2001, p. 35-51.

⁴⁵ Pour une étude très détaillée du contexte et du contenu de cette révision échouée, voir F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 381-440.

⁴⁶ Dans L. ELIA, *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologne, Il Mulino, 2005, on retrouve l'expression « *premierato assoluto* » (« système primo-ministériel absolu »).

⁴⁷ Ce nouveau système « risque alors de donner naissance à un “*premierato debole*”, avec un Premier ministre incapable de surmonter les affres d'une pathétique ingouvernabilité » (F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 396).

et 10 % pour les coalitions) et un scrutin de liste sans la possibilité d'exprimer des préférences (listes bloquées). La différence substantielle avec le système proportionnel de la Première République était sans doute la prime majoritaire⁴⁸, qui visait à maintenir l'esprit de la bipolarisation mis en place par le mode de scrutin mixte précédent (de 1993).

L'objectif poursuivi par la réforme électorale, tout comme par la révision constitutionnelle qui était fin 2005 en attente d'approbation populaire, était la *gouvernabilité*. Or, la question du mode de scrutin choisi pour le Sénat pose problème de ce point de vue, puisque la prime majoritaire au Sénat⁴⁹ fut établie sur une base régionale et que les seuils n'étaient pas les mêmes que pour la Chambre des députés⁵⁰. Ainsi, la prime nationale pour l'élection des sénateurs est en réalité la somme des primes majoritaires régionales attribuées aux coalitions arrivées en tête dans chaque région. Cela conduit au résultat tout à fait opposé à celui recherché, c'est-à-dire une très probable *ingouvernabilité*, puisqu'il est fort possible que ce ne soit pas la même majorité qui se constitue à la Chambre des députés et au Sénat, ou alors que la majorité au Sénat soit très faible. De là, le poids tout à fait disproportionné à la fois des sénateurs des partis minoritaires, qui peuvent marchander leur soutien sur tel ou tel texte de loi, et des sénateurs à vie, qui sont bien plus sollicités que ce que leur rôle de « sages de la République » prévoit et qui ont souvent joué un rôle décisif dans le vote de certains textes⁵¹. Les problèmes de gouvernabilité⁵² que soulevait cette loi conduisirent à des discussions longues et répétées entre les pouvoirs publics entre 2005 et 2013, sans que cela se traduisît par une nouvelle réforme faute de majorité politique suffisante.

La concomitance entre la crise institutionnelle, la volonté de réviser la Constitution et le choix de modifier le mode de scrutin des années 2005-2006, revint presque à l'identique dix ans plus tard⁵³. Le projet de révision

⁴⁸ Elle attribue 54 % des sièges à la coalition qui arrive en tête.

⁴⁹ Elle attribue 55 % des sièges à la coalition qui obtient le plus de voix.

⁵⁰ 20 % pour les coalitions, 8 % pour les partis, 3 % pour les partis coalisés.

⁵¹ En 2006, à la suite des élections, la coalition de centre-gauche de Romano Prodi, majoritaire à la Chambre, obtient une majorité de seulement deux voix (158 sièges contre 156 pour l'opposition). La majorité absolue au Sénat étant de 162 voix, les voix des sept sénateurs à vie de l'époque (Francesco Cossiga, Oscar Luigi Scalfaro, Giorgio Napolitano, Giulio Andreotti, Sergio Pininfarina, Rita Levi Montalcini e Emilio Colombo) étaient fondamentales pour obtenir la confiance du Gouvernement devant la chambre haute.

⁵² Pour une analyse de la loi et de ses problèmes et critiques, voir F. LAFFAILLE, « Instabilité gouvernementale et loi électorale en Italie », in *id.*, *Régimes politiques contemporains*, Paris, Mare et Martin, 2009, p. 246 *sq.*

⁵³ Le projet Renzi-Boschi n'a pas été la première tentative de révision de l'organisation des pouvoirs après l'arrivée du centre-gauche au pouvoir en 2013. Le précédent Président du Conseil, Enrico Letta, avait déjà initié une procédure de révision constitutionnelle (projet de loi constitutionnelle n° 813 de 2013), qui avait été déposé lors de la mise en place de son gouvernement « de larges ententes » avec la droite de Silvio Berlusconi. Une fois l'entente terminée par le passage à l'opposition du parti de Berlusconi (*Forza Italia*), le projet de loi avait été abandonné alors qu'il avait déjà été voté en première lecture par le Sénat. Mais ce précédent reste important pour comprendre le projet de réforme qui a suivi, puisque la procédure choisie en 2013, qui déroge au droit commun de la révision, fit l'objet d'importantes

constitutionnelle dit « Renzi-Boschi » (du nom du Président du Conseil des ministres et de la Ministre pour les réformes constitutionnelles et les relations avec le Parlement) et intitulé « Dispositions pour le dépassement du bicaméralisme paritaire, la réduction du nombre des parlementaires, la réduction des coûts de fonctionnement des institutions, la suppression du CNEL et la révision du Titre V de la deuxième partie de la Constitution » a été déposé au Sénat le 8 avril 2014. Indépendamment du jugement porté sur son contenu, qui a animé le débat entre constitutionnalistes entre 2014 et 2016, ce projet de révision a mis au jour encore plus clairement le lien indissoluble entre révision de la Constitution et changement de mode de scrutin, les deux « chantiers » ayant été initiés en même temps et ayant été explicitement rattachés l'un à l'autre. Il s'agissait, dans le projet de révision constitutionnelle, de répondre à « l'exigence de mettre en adéquation la Constitution avec un système électoral de type majoritaire⁵⁴ ». Mais les similitudes avec la tentative de révision de 2005 ne s'arrêtent pas là. La révision de 2015 fut également adoptée par les deux Chambres et rejetée ensuite par le peuple par référendum en 2016. Les deux visaient la *gouvernabilité* du pays, objectif qui dans les deux cas ne peut que faire l'unanimité jusqu'au moment où il faut décider de la façon concrète d'y parvenir⁵⁵ ; et dans les deux cas le bicaméralisme parfait devait être dépassé afin de ratio-

critiques. En dérogation à l'article 138 C, un comité formé de vingt députés et vingt sénateurs fut créé afin de rédiger la réforme ; celui-ci était soumis à un calendrier très contraint et rapide et le gouvernement y occupait une position privilégiée par rapport aux parlementaires. Le rôle du gouvernement apparaît en effet central dans l'exercice du pouvoir constituant de 2013, jusqu'à montrer une volonté d'éclipser le Parlement dans la procédure de révision constitutionnelle à travers une prévision de temps parlementaires compressés et indépassables, la création pour la première fois d'un comité consultatif d'experts en soutien du Gouvernement et pas du Parlement, l'égalité établie entre Gouvernement et Parlement pour la proposition d'amendements au projet de révision, l'absence de toute obligation de refléter dans le Comité l'importance numérique des groupes parlementaires. La doctrine adressa plusieurs critiques à cette procédure (abandonnée par la suite), notamment en ce qui concerne l'exercice du pouvoir constituant : l'existence même d'une procédure dérogatoire fut violemment critiquée, interprétée comme un signe de non-respect de la procédure de révision prévue par les Constituants, qui ne pourrait elle-même faire l'objet d'une révision (même ponctuelle) sous peine de transformer le pouvoir de révision. Ce précédent est important pour comprendre le climat doctrinal méfiant qui attend la nouvelle révision constitutionnelle en 2015-2016. Pour les principales critiques des constitutionnalistes à ce projet échoué, voir notamment V. ATRIPALDI, « La disciplina del procedimento di revisione costituzionale nel ddl n. 813 del 2013 », *Rivista dell'AIC*, 3, 2013 ; A. ANZON DEMMIG, « La nuova strada per le riforme : non illegittima, ma rischiosa », *Rivista dell'AIC*, 3, 2013 ; A. POGGI, « Le riforme costituzionali : obiezioni procedurali e sostanziali e (poco edificanti) posizioni "ideologiche" », *Rivista dell'AIC*, 3, 2013 ; A. PACE, « La "disapplicazione" dell'art. 138 da parte del d.d.l. cost. n. 813 AS e le resistibili giustificazioni dei suoi sostenitori », *Giurisprudenza costituzionale*, 58, 2013, p. 2437-2458 ; A. PACE, « Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 Sen », *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, 4 juillet 2013.

⁵⁴ C. AMIRANTE, « Riforma della Costituzione e crisi della rappresentanza : lo stravolgimento di un sistema costituzionale democratico », in A. LUCARELLI & F. ZAMMARTINO, *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari ?*, Turin, Giappichelli, 2016, p. 23.

⁵⁵ « [L]’objectif peut être formulé simplement : permettre au gouvernement de gouverner. Sans surprise, il est partagé, dans sa formulation vague, par tous les acteurs et observateurs » (F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 386).

naliser le parlementarisme et sortir du blocage législatif, en renforçant dans le même temps des pouvoirs de l'exécutif⁵⁶.

Du point de vue de la procédure et à la lumière de l'échec de la révision par comité parlementaire restreint de 2013⁵⁷, le projet de révision constitutionnelle Renzi-Boschi respectait les prescriptions formelles contenues dans l'article 138 C. Sur le fond, ce projet contenait notamment l'abandon du bicaméralisme parfait avec une limitation du rôle du Sénat (notamment en matière de « dernier mot » pour l'adoption des lois et d'engagement de la responsabilité du gouvernement). Il contenait également bien d'autres éléments⁵⁸ tendant à « moderniser les institutions de la République », portant par exemple sur la répartition des compétences entre État et régions (le très controversé Titre V de la Constitution italienne) dans le sens d'une plus grande centralisation. De plus, il prévoyait un contrôle spécial de la Cour constitutionnelle sur les lois électorales sur recours direct des minorités parlementaires⁵⁹ ; cela aurait été la première forme en Italie de contrôle de constitutionnalité *a priori* – un tel contrôle est d'ailleurs en train de s'établir informellement en raison du choix fait par la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité à la Constitution du système électoral, contrôle inauguré avec l'arrêt n° 1 de 2014 et poursuivi par l'arrêt n° 35 de 2017.

Le Parlement approuva la réforme électorale parallèlement à l'élaboration du projet de révision constitutionnelle et dans des circonstances tout aussi controversées, notamment du fait du recours au vote de confiance pour l'approbation de la loi n° 52 de 2015 (à laquelle le Gouvernement Renzi a donné le surnom d'« *Italicum* » afin d'en souligner le prétendu caractère consensuel). Le lien entre ces deux réformes, électorale et constitutionnelle, a permis de s'y référer comme au « paquet Renzi » et a été rendu encore plus évident – en plus du parallélisme temporel – par l'absence dans la loi électorale de toute disposition prévoyant l'élection des sénateurs. Seule l'élection des députés était mentionnée, preuve que la loi électorale était pensée en fonction de la révision constitutionnelle qui aurait modifié le rôle du Sénat, fortement réduit dans le cadre du nouveau système bicaméral inégalitaire, et son mode de scrutin, qui aurait dû se faire au suffrage universel indirect. Pour la Chambre des députés, le mode de scrutin prévu était caractérisé par une représentation proportionnelle avec seuil de 3 % et prime majoritaire à la liste ayant obtenu 40 % des suffrages au premier tour ou, à

⁵⁶ La réforme constitutionnelle Renzi-Boschi a fait l'objet d'un nombre extraordinairement grand de commentaires, analyses et critiques de la part des constitutionnalistes italiens. Il serait impossible de tous les indiquer ici ; on se limite à renvoyer à un ouvrage.

⁵⁷ Voir *supra*, note 52.

⁵⁸ Pour une synthèse en français du projet de révision après l'adoption du texte par le Sénat et sa contextualisation politique dans le cadre du « Projet Renzi » ; voir M. BARDIN, « Réforme et communication, les maîtres-mots de l'action du Gouvernement Renzi », *La lettre d'Italie, Revue Droit et Vie politique italienne*, Centre de droit et de politique comparées Jean-Claude Escarras, Université de Toulon, 5, 2014, p. 19-26 (accessible à l'adresse : http://cdpc.univ-tln.fr/LLI_8_mars2016.pdf).

⁵⁹ M. R. MAGNOTTA, « Il ricorso diretto delle minoranze parlamentari alla Corte costituzionale sulla legge elettorale », in A. LUCARELLI & F. ZAMMARTINO (dir.), *La riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari ?*, op. cit., p. 186-195.

défaut, à la liste arrivée en tête lors d'un deuxième tour de scrutin⁶⁰, ainsi que par l'interdiction de former des coalitions.

Un « lien génétique⁶¹ », déjà existant en 2005-2006, a été donc établi en 2015-2016 entre les deux réformes, du mode de scrutin et de la deuxième partie de la Constitution – dont l'objet était le Parlement concerné par ce même mode de scrutin. Or, l'échec du vote référendaire de la révision constitutionnelle le 4 décembre 2016 brisa ce lien, alors que la réforme électorale était adoptée. Cela n'empêche pas que ce lien existe dans l'histoire et la politique italienne au point que le contrôle du juge constitutionnel sur la loi électorale de 2015 doit être lu à l'aune de la tentative de révision constitutionnelle. Pour le comprendre, il faut rappeler qu'une jurisprudence constitutionnelle bien établie crée un autre lien entre lois électorales et matière constitutionnelle.

C. Un lien jurisprudentiel

L'argument sans doute le plus convaincant concernant le lien indissoluble entre lois électorales et matière constitutionnelle résulte de la jurisprudence constitutionnelle elle-même : les lois électorales font en effet partie d'une catégorie jurisprudentielle particulière, celle des « lois constitutionnellement nécessaires⁶² ». La jurisprudence a construit cette catégorie à propos des limites posées aux référendums législatifs abrogatifs d'initiative populaire, la Cour constitutionnelle étant compétente pour contrôler leur admissibilité. À côté des limites imposées par l'article 75 de la Constitution⁶³, la Cour en a déduit d'autres, implicites, afin d'exclure certaines normes d'une possible abrogation par voie référendaire⁶⁴. Parmi les catégories exclues par la jurisprudence, on peut citer les lois d'application des traités internationaux (les lois de ratification étant explicitement exclues⁶⁵), les lois « ayant un contenu constitutionnellement imposé » dont le contenu est contraint sous peine de « désappliquer » la Constitution⁶⁶ et les lois « constitutionnellement nécessaires », qui sont les normes qui règlent l'élection d'organes constitutionnels ou d'importance constitutionnelle et qui incluent les normes qui régulent le référendum lui-même. Leur contenu n'est pas im-

⁶⁰ Auquel accèdent les deux listes arrivées en tête au premier tour.

⁶¹ L. TRUCCO, « Sentenza Italicum : la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere », *Consultaonline*, 1, 2017, p. 150.

⁶² Voir notamment les arrêts de la Cour constitutionnelle italienne n° 29/1987, 47/1991, 32/1993, 5/1995, 26/1997, 15/2008, 16/2008 et 1/2014. Voir également l'ouvrage de référence sur ce sujet : A. GIGLIOTTI, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milan, Giuffrè, 2009 ; et H. PORTELLI, « Le référendum abrogatif en Italie. Réflexions sur son usage constitutionnel et politique », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, LGDJ, 2001, p. 601 sq.

⁶³ Les lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation à ratifier des traités internationaux.

⁶⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 16/1978.

⁶⁵ Cour constitutionnelle, arrêts n° 16/1978, 30/1980, 31/1981, 28/1993.

⁶⁶ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 16/1978.

posé par la Constitution, puisque le législateur est libre de réguler la matière électorale de manière discrétionnaire, mais il faut nécessairement empêcher que ces organes soient empêchés ou paralysés par l'absence des règles encadrant le mode de scrutin.

Par conséquent – et c'est l'origine même de cette notion jurisprudentielle –, il faut à tout prix éviter que ces lois soient *entièrement* abrogées. C'est pourquoi elles ne peuvent faire l'objet d'un référendum que dans le cas où, à l'issue de la consultation abrogative, une norme « résiduelle » (*normativa di risulta*) immédiatement applicable peut rester en vigueur. Si l'appartenance d'une loi à la catégorie des lois constitutionnellement nécessaires n'empêche pas toute tentative d'abrogation par référendum, la seule abrogation possible est « partielle », c'est-à-dire « susceptible de laisser tout de même subsister, en cas de conclusion positive de la consultation, une réglementation apte à sauvegarder, *même en cas d'inertie du législateur*, le fonctionnement permanent de l'organe constitutionnel en question⁶⁷ ». Si l'on prend l'exemple des lois électorales parlementaires, il faut qu'une élection puisse être organisée sur la base de la loi même partiellement abrogée, sans devoir attendre une intervention du législateur.

Cette jurisprudence est guidée par un certain pessimisme de la Cour sur la possibilité du législateur italien de réagir vite à une abrogation référendaire, pessimisme qui apparaît largement justifié au regard du blocage dans l'adoption des réformes électorales et notamment de la réforme de la loi n° 270 de 2005, plusieurs fois encouragée par la Cour et soumise à une véritable inertie législative⁶⁸. Ainsi, la Cour constitutionnelle protège *de facto* les lois électorales du contrôle politique du souverain, le peuple, en considérant que la continuité de l'État prime sur l'éventuelle inconstitutionnalité des lois régissant les élections. Les arrêts n° 15 et 16 de 2008 par lesquels la Cour autorisa un référendum abrogatif seulement partiel de la loi électorale de 2005, qui n'aurait pas permis de supprimer les inconstitutionnalités présumées⁶⁹, confirmèrent cette position.

De cette manière, et quelque peu paradoxalement, la Cour consacre formellement par sa jurisprudence la valeur matériellement constitutionnelle des lois électorales, mais en même temps les soustrait au contrôle de constitutionnalité. Cette solution a fait l'objet d'un important revirement de jurisprudence. En effet, jusqu'en 2014, les lois électorales n'avaient aucune chance d'être soumises au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité du fait de l'absence de caractère préjudiciel de la question de constitutionnalité susceptible d'être posée. Quel litige aurait pu susciter une question de constitutionnalité à propos de la loi électorale, alors qu'il n'y a pas de conten-

⁶⁷ Voir G. F. MARCENÒ, « Il concetto di abrogazione parziale. Raffronto tra l'abrogazione legislativa e l'abrogazione referendaria », http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/valeria.htm, nous soulignons.

⁶⁸ Voir E. BOTTINI, « Le juge et la (re)définition de la démocratie », *Jus Politicum*, VII, 2015, p. 269-293.

⁶⁹ M. CROCE, « Se non ora, quando ? Sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere) », *Astrid-Rassegna*, 62, 21 décembre 2007, p. 1-25.

tieux électoral juridictionnel possible ? Seul un litige portant sur la loi électorale elle-même. Mais la procédure d'accès à la Cour constitutionnelle exclut tout recours direct à la Cour constitutionnelle et met en place une question préjudicielle, qui doit être indépendante du litige principal dans le cadre duquel elle a été posée⁷⁰. On en arrivait donc à la conclusion contradictoire que des lois aussi « nécessaires » pour la mise en œuvre de la Constitution que les lois électorales étaient substantiellement laissées sans contrôle ni vérification possible par les contre-pouvoirs que sont le peuple et le juge constitutionnel : c'était une « zone franche » ou « zone d'ombre » de la justice constitutionnelle⁷¹.

La conséquence de cette situation est connue : par l'un des plus importants revirements jurisprudentiels de l'histoire de la justice constitutionnelle italienne, l'arrêt n° 1/2014, la Cour a accepté finalement de contrôler les lois électorales, malgré les obstacles procéduraux, précisément du fait de leur « particularité et importance constitutionnelles⁷² ». La jurisprudence donc, en plus de la doctrine et de l'histoire politique italienne, crée le lien indissoluble entre la Constitution et la loi électorale.

Le pouvoir de contrôle juridictionnel des révisions constitutionnelles peut poser des difficultés en termes de séparation des pouvoirs⁷³. Le refus de la part du Conseil constitutionnel français de l'opérer peut en être une preuve ultérieure. Du fait du caractère matériellement constitutionnel des lois électorales, ces mêmes difficultés peuvent être soulignées au sujet du contrôle effectué par la Cour constitutionnelle italienne sur les réformes électorales de 2005 et de 2015. Une ambiguïté existe dans ce contrôle quant à l'autonomie réelle laissée au pouvoir législatif ainsi qu'au pouvoir constituant, lorsqu'il s'agit du choix du régime politique que la Cour considère comme étant le plus compatible avec la Constitution républicaine.

⁷⁰ P. PASSAGLIA, « Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione) », in R. TARCHI (dir.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità. Atti del Convegno (Pisa, 19-20 settembre 2008)*, Turin, Giappichelli, 2012.

⁷¹ A. PIZZORUSSO, « “Zone d'ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana », *giurcost.org.*, disponible en ligne : <http://www.giurcost.org/studi/PizzorussoGrossi.htm> ; R. BALDUZZI & P. COSTANZO, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turin, Giappichelli, 2007.

⁷² *Corte costituzionale della Repubblica italiana*, arrêt n° 1/2014 du 14 janvier 2014, disponible en ligne : <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>; disponible également en traduction anglaise : http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/1-2014_en.pdf ; voir pour des commentaires en français : F. LAFFAILLE, « Chronique de droit politique italien 2015 », *RFDC*, 2015/3, n° 103, p. 745-750 ; E. BOTTINI, « Le juge et la (re)définition de la démocratie : l'arrêt n° 1/2014 de la Cour constitutionnelle italienne », art. cité.

⁷³ Y. ROZNAI, *Inconstitutional constitutional amendments. A study of the nature and limits of constitutional amendments powers*, [en ligne], p. 173 sq.

II. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL AMBIGU DES LOIS ÉLECTORALES

Le référendum constitutionnel du 4 décembre 2016 solda l'échec de la dernière procédure de révision de la Constitution⁷⁴ : c'est un référendum qu'on appelle « confirmatif », mais cet adjectif est impropre puisque sa finalité est plutôt d'empêcher l'entrée en vigueur d'un texte voté par les parlementaires. Sur le fondement de l'article 138 C, un cinquième des parlementaires, cinq conseils régionaux ou 500 000 citoyens peuvent demander à ce que le pouvoir constituant originaire – le peuple souverain – se prononce sur un texte de révision qui n'a pas obtenu au Parlement la majorité des deux tiers lors de la deuxième lecture par les Chambres :

Le référendum est l'*ultima ratio* empêchant une révision constitutionnelle, un mécanisme de sauvegarde et de protection de la Charte⁷⁵.

Ce dernier blocage référendaire d'une révision constitutionnelle montre que l'histoire se répète. En relisant les commentaires de la révision échouée de 2005 on ressent une impression de déjà-vu tant ils peuvent s'appliquer au cas présent :

Le référendum est sans doute le seul mécanisme à même de mettre un terme à cette transition qu'il a ouverte en 1991 et 1993. Jouant un rôle de correctif au régime représentatif, il est aussi un mécanisme de protection de la Constitution et, synonyme de fait, de conservation de l'ordre en vigueur. Il faut certes mieux le rejet d'un mauvais texte que son adoption mais après le référendum négatif de juin 2006, l'Italie reste au milieu du gué constitutionnel, et ce par la volonté du souverain lui-même⁷⁶.

La Cour constitutionnelle italienne, après avoir accepté de contrôler la constitutionnalité de la loi électorale de 2005 dans son arrêt n° 1/2014, effectua un contrôle similaire sur la nouvelle loi électorale de 2015, dans l'arrêt tout aussi retentissant n° 35/2017. Malgré les liens matériels avérés entre cette nouvelle loi et la révision constitutionnelle de 2016, le contrôle fut formellement séparé de l'exercice du pouvoir constituant de 2015-2016. En effet, quant à la temporalité du contrôle, la Cour constitutionnelle italienne voulut explicitement ne pas paraître intervenir dans l'exercice du pouvoir constituant : elle fixa l'audience publique après les résultats (négatifs) du référendum constitutionnel de décembre 2016. À la suite de l'audience du 24 janvier 2017, elle rendit son arrêt le 9 février 2017.

Un certain *self-restraint* décelable dans l'arrêt n° 35/2017 permet de montrer la volonté du juge constitutionnel de préserver la liberté du pouvoir de révision formelle (A). Cependant, malgré l'insistance du juge constitutionnel sur le pouvoir discrétionnaire du législateur en matière électorale, d'autres éléments de l'arrêt commenté invitent à nuancer ce constat et à y

⁷⁴ Le 4 décembre 2016, le « non » l'a emporté avec 59,1 % des suffrages, avec une participation de 65,5 %.

⁷⁵ M. DOGLIANI & I. MASSA PINTO, « La crisi costituzionale italiana nell'attuale fase della "lotta per la Costituzione" », www.costituzionalismo.it, 15 février 2006, disponible en ligne : <http://www.costituzionalismo.it/articoli/199/>.

⁷⁶ F. LAFFAILLE, « "La disgrâce du droit". La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité., p. 393.

voir une intervention dans le pouvoir de changement matériel de la Constitution (B).

A. La liberté du constituant préservée

D'après les Constituants de 1947, la Cour constitutionnelle ne peut et ne doit se transformer en pouvoir constituant, du moment qu'elle se présente comme gardien et interprète principal de la Constitution, et donc également de la volonté autonome du pouvoir constituant⁷⁷. Cela s'explique par l'objection démocratique sous-jacente : le juge n'étant pas élu, il ne représente pas le souverain, il ne peut donc agir à sa place. La Cour constitutionnelle italienne accepte d'un point de vue formel cette consigne. De façon originale, avec l'arrêt n° 35 de 2017, la Cour décide de laisser libre l'exercice du pouvoir constituant, à tel point qu'elle choisit de se prononcer sur la nouvelle loi électorale *seulement après* les résultats du référendum constitutionnel. La Cour est bien consciente que si la Constitution avait été révisée et le bicaméralisme parfait modifié, cela aurait influencé l'issue de la question de constitutionnalité⁷⁸ ; inversement, une censure de la loi électorale en pleine campagne référendaire aurait influencé l'issue du vote populaire. La preuve en est le renvoi de l'audience du 4 octobre 2016, date à laquelle elle était originellement prévue, au 24 janvier 2017, une fois connue la date du référendum constitutionnel. Il ne peut donc pas y avoir d'ingérence de la part du juge dans l'exercice du pouvoir constituant dérivé.

En même temps, un autre raisonnement potentiellement opposé est possible : lorsque le contrôle de constitutionnalité des lois est admis, l'office du juge constitutionnel est d'interpréter et d'appliquer la Constitution ; par conséquent ce juge doit être en mesure de contrôler également la constitutionnalité des lois de révision de la Constitution⁷⁹, sous peine que celle-ci ne soit

⁷⁷ « La Cour constitutionnelle se présente comme le gardien vigilant et le principale interprète du pouvoir constituant originaire et dérivé, ou mieux des actes produits dans l'exercice de celui-ci ; mais cela ne signifie pas que, pour cela, la Cour puisse s'arroger le rôle de pouvoir constituant : comme on l'a vu, son rôle est plutôt celui d'un arbitre qui résout les conflits qui émergent des différents sujets par rapport à l'interprétation de la Constitution », A. PIZZORUSSO, « Articoli 138-139 », art. cité, p. 712.

⁷⁸ S. CECCANTI, « I sistemi elettorali per elezioni politiche dopo la 35/2017 : una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti », *Federalismi.it*, 15 février 2017, p. 3.

⁷⁹ C'est l'argument développé par Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendments Powers*, en ligne, p. 175 : « The main function set upon the judiciary is to decide conflicts based upon the constitution and legislation. In order to carry out its constitutional role, the court has to interpret the constitution. Hans Kelsen argues that '[i]f the constitution contains no provision concerning the question who is authorized to examine the constitutionality of statutes, then the organs competent to apply statutes, that is, especially, the courts, have the power to perform this examination'. Likewise, if the constitution is silent on the organ that is authorized to review constitutional amendments, courts – which apply the constitution – should possess this power. Accordingly, as in conflicts between ordinary law and the constitution, when courts face a conflict between constitutional norms, they have to determine, as part of the judicial process, what is the legal norm according to which the conflict is to be resolved. It therefore has to conduct some form of judicial review ».

pas véritablement appliquée. La Cour constitutionnelle italienne semble suivre ce raisonnement pour ce qui concerne le contrôle des révisions constitutionnelles. Dans sa jurisprudence, la Cour avait déjà eu l'occasion de délimiter les prérogatives du pouvoir constituant dérivé dans deux sens : tout d'abord, en s'octroyant le droit de contrôler les révisions constitutionnelles une fois adoptées ; ensuite, en consacrant des principes suprêmes insusceptibles de révision constitutionnelle, en plus de ceux qui sont déjà prévus à l'article 139 de la Constitution.

Pour ce qui est de la première prérogative, la Cour constitutionnelle⁸⁰, malgré le silence de la Constitution⁸¹ sur ce point, se déclara compétente pour juger la conformité des lois de révision constitutionnelle à l'égard des principes suprêmes de l'ordre constitutionnel italien. Cette compétence est affirmée dans un *obiter dictum* de l'arrêt n° 1146 de 1988, avec un argument *a contrario* : « Si ce n'était pas ainsi, on en arriverait à la conséquence absurde de considérer le système de garanties juridictionnelles de la Constitution comme défectueux ou inefficace et ce notamment pour ce qui concerne ses normes de plus grande valeur ». L'idée fait écho à la motivation de l'arrêt *Marbury c. Madison*⁸² et vise à formaliser la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Depuis, la Cour constitutionnelle vérifie l'existence de vices formels ou substantiels dans les lois constitutionnelles, et accepte donc de contrôler le respect des conditions formelles par le pouvoir de révision⁸³.

Pour ce qui est de la seconde limitation au pouvoir constituant dérivé, elle est directement liée à la première : en contrôlant les lois de révision, la Cour élargit également le champ des limites matérielles à la révision au-delà de la limite explicite formelle de la forme républicaine de gouvernement, dont la révision est interdite par l'article 139 C. La Cour dégagea plusieurs

⁸⁰ Arrêt n° 1146 de 1988. Pour une lecture critique de cette décision, voir A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Rome-Bari, Laterza, 2003, p. 110.

⁸¹ Un aspect des travaux de l'Assemblée constituante est intéressant sur ce point, qui est l'exclusion de la proposition Benvenuti qui tendait à exclure de la révision constitutionnelle les dispositions en matière de droits et libertés, en reprenant une idée de Calamandrei exposée le 4 mars 1947 dans la discussion générale sur le projet de constitution. La même proposition fut faite par le député Laconi à propos des droits du travail et elle fut également rejetée. Cette proposition rejetée est en avance sur jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui décide plus tard et de manière prétorienne les mêmes limites par rapport aux droits fondamentaux, voir *infra*, p. 20.

⁸² « Les compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la constitution est écrite. À quoi servirait-il que ces pouvoirs soient limités et que ces limites soient écrites si ces limites pouvaient, à tout moment, être outrepassées par ceux qu'elles ont pour objet de restreindre ? Lorsque ces limites ne s'imposent pas aux personnes qu'elles obligent et lorsque les actes interdits et les actes permis sont également obligatoires, il n'y a plus de différence entre un pouvoir limité et un pouvoir illimité » (Cour suprême américaine, *Marbury c. Madison* (1803), in E. ZOLLER, « *Marbury c. Madison* », in *Id.*, *Les grandes arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 10).

⁸³ Cela a notamment été le cas du contrôle de la loi constitutionnelle n° 3 de 2001 portant révision du Titre V de la Constitution à propos de la répartition des compétences État-régions. Pour une analyse des précédents jurisprudentiels sur lesquels il est possible de fonder cette compétence, voir A. PIZZORUSSO, « *Articoli 138-139* », art. cité, p. 726 *sq.*

principes suprêmes insusceptibles de révision : notamment ceux contenus dans la première partie de la Constitution, comme la souveraineté populaire, la solidarité, le principe d'égalité, l'inviolabilité des droits individuels et collectifs de l'homme (tirée de l'article 2 C), la protection du travail, le principe d'autonomie locale, le principe internationaliste des articles 10 et 11 C et le principe qui impose de créer de nouvelles régions avec un minimum d'un million d'habitants, pour ne citer que les principaux exemples⁸⁴. Ces limites à la révision, qui imposent concrètement des principes intouchables qu'on pourrait qualifier de supra-constitutionnels, puisqu'ils sont hors de la portée même du pouvoir constituant (dérivé), permettent de distinguer et surtout de hiérarchiser le pouvoir constituant (originaire) et le pouvoir de révision (ou pouvoir constituant dérivé) : « le pouvoir constituant est en effet substantiellement identifiable au pouvoir de fixer les principes suprêmes, intouchables par le pouvoir de révision⁸⁵ ».

À la différence du cas français, le juge constitutionnel italien va assez loin dans la possibilité de déclarer des amendements constitutionnels inconstitutionnels, mais cela toujours pour les lois constitutionnelles déjà adoptées. Or, cela ne se passa pas ainsi dans ce cas : la loi constitutionnelle fut rejetée et le contrôle de constitutionnalité fut effectué sur une loi qui ne constituait pas formellement un amendement constitutionnel, mais une simple loi ordinaire. Et d'ailleurs, lors de ce contrôle, une claire volonté de ne pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir constituant est bien visible dans l'insistance sur la discrétionnalité du législateur, malgré deux censures (1), et dans la décision de ne pas constitutionnaliser la représentation proportionnelle (2).

1. Une auto-limitation dans l'ingérence sur la matière électorale

Une fois adoptée en mai 2015, la loi électorale « *Italicum* » fut attaquée en justice par plusieurs groupes de citoyens qui se plaignaient devant plusieurs tribunaux (Messine, Turin, etc.) d'une violation de leur droit de vote par les pouvoirs publics. Dans le cadre de ces litiges, plusieurs questions de constitutionnalité furent soulevées et transmises par les juges à la Cour constitutionnelle. Celle-ci réunit les questions en un seul arrêt, qui traitait trois griefs d'inconstitutionnalité principaux. Premièrement, selon les requérants l'existence d'une prime majoritaire aurait posé problème de plusieurs points de vue, tous liés à la distorsion que cela implique en termes de représentativité⁸⁶. Deuxièmement, la subdivision du pays en circonscriptions

⁸⁴ *Ibid.*, p. 722 sq.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 724 ; voir aussi C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedure della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milan, Giuffrè, 1952, p. 386 sq. : « L'activité de révision est placée [...] sur un plan inférieur par rapport à la Constitution, qui met en place un ordre total et fait émerger un système de valeurs, alors que la révision doit adapter l'ordre juridique aux nouvelles exigences [...] sans altérer les lignes fondamentales de l'ensemble ».

⁸⁶ La prime est attribuée au premier tour à la liste ayant obtenu au moins 40% des voix, ce qui serait inconstitutionnel d'après les requérants du fait qu'elle est attribuée sur la base des voix exprimées, et non sur la base du corps électoral ; la prime majoritaire est également contestée pour être couplée avec un seuil d'accès à la répartition des sièges de 3 %.

électorales et le pouvoir du Bureau central national de déplacer les candidats excédentaires d'une circonscription à une autre si la même liste a un nombre insuffisant de candidats aurait été en contradiction avec le principe de représentativité territoriale (art. 56 C). Troisièmement, les requérants contestèrent l'existence d'un système électoral différent pour la Chambre et pour le Sénat, puisque l'un avait été modifié par cette loi et non l'autre. Cette différence aurait eu comme conséquence la probable formation d'une majorité politique différente entre les deux Chambres parlementaires, et serait contrevenu à l'encontre de l'objectif poursuivi par le législateur de stabilité parlementaire et gouvernementale. Les trois articles de la Constitution principalement visés par les requérants étaient les articles 1 (souveraineté populaire), 3 (égalité) et 48 (droit de vote) de la Constitution italienne.

La Cour répondit à ces griefs après les résultats négatifs du référendum constitutionnel, par l'arrêt n° 35/2017 ; la volonté de séparer d'un point de vue temporel les deux enjeux, celui de la révision constitutionnelle et celui de la loi électorale, n'est pas le seul signe d'une volonté de préserver l'opération constituante d'une ingérence juridictionnelle sur le pouvoir politique. Pour comprendre cette volonté sur le fond, il faut étudier la différence d'approche méthodologique de la Cour constitutionnelle entre les deux arrêts sur la législation électorale, celui de 2014 et celui de 2017. En 2014, la Cour constitutionnelle avait censuré deux aspects de la loi électorale alors en vigueur pour les deux Chambres : d'une part, l'existence d'une prime majoritaire attribuée sans aucun seuil avait été considérée comme inconstitutionnelle à cause de la distorsion entre les suffrages exprimés et les résultats conduisant à une surreprésentation de la liste ayant obtenu une majorité (même très) relative ; d'autre part, l'absence de possibilité d'exprimer des préférences dans le scrutin de liste avait été considérée comme contraire à la liberté du vote, conduisant à la censure de la règle des listes bloquées. L'insistance de la Cour sur l'effet direct de son arrêt, impliquant que la loi électorale partiellement censurée resterait en vigueur telle qu'elle avait été réécrite par les juges⁸⁷, avait mis en évidence l'absence de dialogue entre le législateur et la Cour constitutionnelle, qui s'était substituée au pouvoir politique incapable de réformer le droit électoral, au moins pour ce qui concerne l'élimination des primes majoritaires qui laissent en vigueur un mode de scrutin proportionnel pur⁸⁸.

L'attribution de la prime majoritaire est enfin critiquée parce qu'elle aurait lieu grâce à un second tour de scrutin (ballottage), dès lors qu'aucune liste n'aurait obtenu 40 % des suffrages au premier tour.

⁸⁷ La Cour elle-même annonce que la loi est « globalement apte à garantir la rénovation, à tout moment, de l'organe constitutionnel élu », c'est-à-dire le Parlement.

⁸⁸ Pour la nécessité d'introduire des préférences, la question de l'effet direct est plus complexe, et a donné lieu à un débat doctrinal important qu'il n'est pas possible de reproduire entièrement ici. Selon certains, la Cour ne pouvant introduire elle-même un système de préférences, l'arrêt n'est pas d'effet direct sur ce point mais plutôt une invitation au dialogue pour le législateur, qui doit se saisir de la question afin de respecter la décision juridictionnelle (S. LIETO & P. PASQUINO, « La Corte costituzionale e la legge elettorale : la sentenza n.1 del 2014 », *www.forumcostituzionale.it*, 3, 2014 ; G. SCACCIA, « Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale », *www.confrontocostituzionali.eu*, 30 janvier 2014). Selon d'autres, le caractère immédiatement applicable du système proportionnel pur conduit à qualifier cet arrêt d'« auto applica-

L'arrêt de 2017, pour sa part, insista bien plus sur le pouvoir discrétionnaire du législateur en matière électorale (l'expression apparaît douze fois !) : c'est un premier signal – certes formel – par lequel on peut comprendre que la Cour constitutionnelle voulut faire preuve d'un certain *self-restraint*⁸⁹. En ce qui concerne le mode de scrutin prévu par la nouvelle loi, la Cour valida l'essentiel des corrections majoritaires faites par le législateur au système proportionnel : à la fois la prime majoritaire à la liste qui obtient 40 % des voix, et le seuil de barrage de 3 % pour la répartition proportionnelle. Elle admit également le couplage des deux mécanismes, alors que celui-ci avait été considéré comme excessif par les requérants. Elle censura seulement l'attribution de la prime au second tour (ballottage), même si le juge ne l'interdit pas en tant que tel, mais uniquement de la façon dont il était organisé (on y reviendra) ; le choix de cette organisation était laissé à la discrétion du législateur.

Ce retour à une plus stricte interprétation de ses compétences par rapport à celles du pouvoir politique ne se voit pas uniquement dans le contrôle du mode de scrutin, mais aussi de la composition des listes. En suivant les indications présentes dans l'arrêt n° 1/2014, le législateur maintint dans la loi de 2015 un seul candidat bloqué, en tête de liste, et prévint pour le reste de la liste la possibilité d'exprimer jusqu'à deux préférences. Au lieu d'aller au bout d'une interprétation stricte de son arrêt de 2014, qui selon les requérants aurait exigé un choix totalement libre des électeurs (y compris donc la tête de liste), la Cour valida ce nouveau système⁹⁰. La seule censure à ce sujet – l'une des deux censures de l'arrêt – concerna les candidatures multiples des candidats têtes de liste ; selon la disposition censurée, ils auraient pu choisir, s'ils étaient élus dans plusieurs circonscriptions, laquelle ils prendraient, ainsi que le suppléant dans la circonscription laissée. Ce choix discrétionnaire, qui n'impose aucun critère à l'élu, est selon la Cour « un pouvoir impropre » et « manifestement contradictoire avec la logique de l'indication personnelle de l'élu de la part de l'électeur » (§ 12). Mais encore une fois, la logique de *self-restraint* qui influe sur tout l'arrêt empêcha le juge de sélectionner à la place du législateur le critère à imposer aux élus pour le choix de la circonscription.

On peut donc voir que, par rapport à l'arrêt n° 1/2014, la Cour constitutionnelle italienne s'autolimite dans son ingérence dans le pouvoir politique, alors même que son action avait pu être saluée par la doctrine précisément pour son audace⁹¹. Elle entendait ainsi, probablement, éviter de se placer en

tif » (« *sentenza autoapplicativa* ») (C. SALAZAR, « Quel che resta del Porcellum : brevi riflessioni sul comunicato della Corte costituzionale », *Confrontocostituzionali.eu*, 9 décembre 2013). Pour tenter de tirer les files de ce débat, on pourrait dire que la Cour constitutionnelle n'a pas exclu la possibilité d'un renvoi à la compétence du Parlement et donc d'un dialogue avec le législateur, mais n'a pas considéré que celui-ci était probable à cause de l'inertie législative à laquelle elle fait plusieurs fois référence.

⁸⁹ L'arrêt de 2014 ne citait que six fois le pouvoir discrétionnaire du législateur.

⁹⁰ A. MORRONE, « Dopo la decisione sull'Italicum : il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale », *Forum Costituzionale*, 13 février 2017, p. 4.

⁹¹ R. BIN, « Zone franche e legittimazione della Corte », *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 mai 2014, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/1-2014.pdf>.

dehors de ses compétences constitutionnelles⁹² et ne pas créer un précédent : celui d'une Cour constitutionnelle qui récrit le droit électoral. Le changement entre les deux arrêts est évident : la présence en arrière-plan dans le cadre décisionnel de 2017 – bien que de manière indirecte – du pouvoir constituant dérivé en exercice. Si la doctrine a pu dire que cette autolimitation était « destinée à réserver un espace décisionnel plus grand à l'intervention ultérieure du *législateur*⁹³ », il nous semble plutôt que la finalité ait été en réalité de réserver une plus grande marge de manœuvre politique au *constituant*. En effet, l'inconstitutionnalité partielle de la loi électorale est « fille du contexte historique, puisqu'elle provient logiquement de l'absence d'approbation de la loi de révision constitutionnelle⁹⁴ ». C'est pourquoi on a parlé d'« inconstitutionnalité de circonstance (*incostituzionalità sopravvenuta*) » à propos de cette loi électorale, du fait de l'échec de la révision du bicaméralisme paritaire. Cela ressort de la préoccupation (même si ce n'est pas une censure au sens strict) exprimée par la Cour constitutionnelle au sujet de la différence du mode de scrutin entre les deux Chambres. En effet, à partir du moment où le Sénat maintient son rôle actuel et une compétence égale à celle de la Chambre des députés, la différence entre le mode de scrutin des deux Chambres (telle que la présence d'un seul tour pour l'une et de deux tours pour l'autre) est bien plus problématique que si les deux Chambres avaient un rôle complètement différent, voire un type de suffrage non identique (universel direct et indirect). C'est ce qu'affirma la Cour constitutionnelle dans un *obiter dictum* concernant l'échec de la révision constitutionnelle :

[L]a Chambre des députés est l'un des deux sièges de la représentation politique nationales (art. 67 C), à côté du Sénat de la République. Dans une position paritaire avec ce dernier, la Chambre accorde la confiance au gouvernement et est titulaire des fonctions de direction politique (art. 94 C) et législative (art. 70 C)⁹⁵.

Cela revient à dire que l'inégalité de mode de scrutin entre les deux Chambres ne se justifie plus après le refus par le peuple de rendre inégalitaire le bicaméralisme. Il convenait selon la Cour de respecter le choix du constituant et de décider en conséquence.

⁹² A. MORRONE, « Dopo la decisione sull'Italicum : il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale », art. cité, p. 1 : « À la différence de l'arrêt n° 1/2014 sur le "Porcellum", la nouvelle décision se caractérise par une conception plus prononcée du sens de la limite qui doit être propre (également) du juge des lois ». Voir également E. BOTTINI, « Le juge et la (re)définition de la démocratie : l'arrêt n° 1/2014 de la Cour constitutionnelle italienne », art. cité.

⁹³ V. TONDI DELLA MURA, « Ma la discrezionalità legislative non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 et n. 35/2017 », *Dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 14 avril 2017, p. 4, nous soulignons.

⁹⁴ A. MORRONE, « Dopo la decisione sull'Italicum : il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale », art. cité, p. 1.

⁹⁵ Arrêt n° 35/2017, § 9.2.

2. Le choix de ne pas constitutionnaliser la représentation proportionnelle

Il semble que la principale marque de la volonté de la Cour constitutionnelle italienne de ne pas intervenir dans l'exercice du pouvoir constituant se situe dans son choix de *ne pas constitutionnaliser le mode de scrutin à la proportionnelle*. Le juge – alors que la possibilité lui en était donnée par les requérants qui le lui demandaient – a refusé de récrire la Constitution à la place du pouvoir constituant pour y inscrire le caractère proportionnel de la République italienne. Les différents recours visaient en effet à obtenir la reconnaissance par le juge constitutionnel d'un fondement constitutionnel au mode de scrutin à la proportionnelle⁹⁶, et tous les griefs soulevés tendaient à prouver ce point.

Or la Cour constitutionnelle, en reconnaissant la légitimité des corrections en sens majoritaire de la proportionnelle – existence de seuil d'accès à la répartition des sièges de 3 % et prime majoritaire de 55 % pour la liste qui obtient 40 % des voix exprimées –, démentit, au moins en théorie, cette hypothèse⁹⁷. La Cour constitutionnelle ne voulut pas confirmer le caractère formellement constitutionnel – et donc intouchable par la loi ordinaire – du scrutin proportionnel, alors que celui-ci paraissait implicite dans la charte constitutionnelle de 1948 pour grande partie de la doctrine. En effet, on a pu parler d'« obsession des pères fondateurs de 1947, d'éviter une “dictature de la majorité”. D'où cette notion de “Constitution proportionnelle”, avec un mode de scrutin protecteur des minorités regardé comme implicitement constitutionnalisé dans la loi fondamentale⁹⁸ ».

Cette interprétation trouve sa justification dans des traces de la volonté du constituant de mettre en place un système proportionnel : on affirme souvent que l'Assemblée constituante avait présupposé l'existence d'un système proportionnel à l'article 138 C à propos du pouvoir de révision. Pourquoi prévoir une majorité aussi basse pour les révisions, absolue et pas qualifiée (compensée il est vrai par l'intervention du peuple) ? Ce serait en considération du fait que dans un système proportionnel, le fait d'obtenir une majorité absolue était déjà très compliqué sans avoir besoin de s'accorder avec une partie de l'opposition. La majorité absolue avait donc, dans un système proportionnel, la même fonction que la majorité qualifiée dans des démocraties majoritaires comme par exemple la France, où la procédure de révision constitutionnelle impose l'adhésion des trois cinquièmes des parlementaires. Malgré tous ces éléments, la Cour a décidé qu'il fallait laisser le choix du mode de scrutin à la discrétion du législateur, à qui revient « le

⁹⁶ S. CECCANTI, « I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017 : una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti », art. cité, p. 2 : « L'objectif fondamental des recours présentés à cette occasion, tout comme celui relatif aux recours qui avaient résulté dans l'arrêt n° 1/2014, était clair et transparent : imposer comme seule solution constitutionnellement possible l'option législative (mais non constitutionnelle) faite en 1948 pour l'élection de la Chambre des députés (mais non pour le Sénat) : proportionnel quasi-parfaitement photographique et vote de préférence ».

⁹⁷ *Ibid.*, p. 4 : « la tentative proportionnaliste et préférentialiste a été lourdement refoulée ».

⁹⁸ F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 391.

choix du système électoral qu'il considère comme étant le plus adapté au contexte historico-politique où ce système est destiné à agir » (arrêt n° 35/2017, § 6). Néanmoins, la Cour s'est réservé la possibilité d'intervenir dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, et nous verrons que cette possibilité modifie largement l'interprétation que l'on peut donner de l'arrêt.

La volonté du juge constitutionnel italien de ne pas se substituer au pouvoir constituant se retrouve enfin dans la seule référence au droit comparé faite par la Cour, lorsqu'elle parle des « expériences propres aux autres ordres juridiques, où l'on fait recours au deuxième tour dans le cadre de systèmes électoraux majoritaires pour l'élection de représentants uniques dans des collèges uninominaux de petites dimensions » (arrêt n° 35/2017, § 9.2). Par opposition à ces systèmes, il y a donc le système proportionnel prévu par le législateur italien, que la Cour s'est attachée à respecter dans cet arrêt... quitte à rappeler par la même occasion au législateur qu'il a un certain devoir de cohérence. S'il semble possible de déduire de cet arrêt qu'un système majoritaire est envisageable et compatible avec la Constitution républicaine, il faut qu'il soit choisi en tant que tel par le législateur. Ce qui a provoqué le « court-circuit⁹⁹ » et la censure conséquente du deuxième tour a été le cumul entre celui-ci et la prime majoritaire, alors que le ratio de la formule électorale choisie par le législateur lui-même était celle d'une logique proportionnelle qui assure la représentativité de l'assemblée parlementaire. Cette logique est confirmée par la loi n° 52 de 2015, qui est à tel point fondée sur une formule de répartition proportionnelle des sièges qu'elle « reste telle même pour la liste perdante au deuxième tour, qui maintient ceux [les sièges] obtenus au premier tour » (arrêt n° 35/2017, § 9.2).

La question de la constitutionnalisation du système proportionnel est d'une importance fondamentale et concerne l'idée même de garantie du pluralisme politique : celui-ci doit-il présider seulement à la formation du Parlement ou également du gouvernement ? Une grande majorité de la doctrine italienne a toujours considéré que « seule la forme de gouvernement parlementaire (classique) est à même de gérer, sur le plan institutionnel, les contradictions idéologiques, le pluralisme social, et la relation État-partis-citoyens au sein d'une démocratie constitutionnelle¹⁰⁰ ». La Cour constitutionnelle fédérale allemande se pencha sur cette question dans son arrêt du 30 juin 2009 sur le Traité de Lisbonne. Elle affirma que « le principe du poids égal des voix des électeurs réalise une représentation la plus exacte qui soit de la volonté du peuple uniquement si un système de scrutin à la proportionnelle est appliqué rigoureusement¹⁰¹ ». La Cour allemande penche donc clairement pour un système politique où les gouvernements sont des

⁹⁹ L. TRUCCO, « Sentenza Italicum : la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere », *ConsultaOnline*, 2017/1, 31 mars 2017, p. 164.

¹⁰⁰ F. LAFFAILLE, « “La disgrâce du droit”. La révision avortée de la Constitution italienne (2005-2006) et les apories de l'ingénierie constitutionnelle », art. cité, p. 387.

¹⁰¹ Bundesverfassungsgericht – BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), [ON-LINE]. [Karlsruhe]: Bundesverfassungsgericht, [01.10.2013], § 281-283, traduction française du CVCE, disponible en ligne : http://www.cvce.eu/content/publication/2013/10/15/8facbcac-b236-47c8-9db3-e2199d825cfb/publishable_fr.pdf.

gouvernements de coalition, fondés sur un mode de scrutin à la proportionnelle, « comme si seuls les gouvernements de coalition étaient compatibles avec l'État de droit constitutionnel, [...] comme si le pluralisme politique signifiait forcément démocratie consociative¹⁰² ». La Cour constitutionnelle italienne souhaita donner l'apparence de ne pas vouloir en faire de même en rejetant les griefs qui lui tendaient une perche afin qu'elle fixât une fois pour toute dans la Constitution le principe proportionnel.

Or se pose la question de savoir si ce *self-restraint* à l'apparence pratiqué par la Cour constitutionnelle est en effet tel, c'est-à-dire si la Cour s'est réellement limitée ou si au contraire elle est intervenue malgré la lettre de l'arrêt dans le pouvoir politique. C'est peut-être la discrétion du législateur qui a été de fait de nouveau sacrifiée pour préserver, sur le papier, la liberté du constituant.

B. Le sacrifice du pouvoir discrétionnaire du législateur

Malgré la volonté de rupture que nous avons soulignée entre l'arrêt de 2014 et celui de 2017 afin de mieux respecter la liberté du constituant, ces deux arrêts peuvent être lus également comme signifiant une essentielle continuité¹⁰³ en matière de contrôle constitutionnel du droit électoral.

La continuité entre les deux décisions se retrouve tout d'abord dans le fait que la principale censure présente dans l'arrêt n° 35/2017 se fonde directement sur l'argumentation construite par la Cour dans son arrêt n° 1/2014. Comme dans la loi de 2005 censurée en 2014, il est question dans la nouvelle loi électorale n° 52 de 2015 de correction du système proportionnel dans un sens majoritaire. Et comme en 2014, il est question de soumettre la correction au contrôle du « caractère raisonnable » de la part de la Cour, contrôle qui, comme le souligne souvent la doctrine¹⁰⁴, n'est pas inscrit tel quel dans le texte constitutionnel mais est mobilisé par la Cour de manière assez peu univoque. Comme en 2014, la Cour considéra comme « déraisonnable » et « disproportionnée » non pas la prévision d'une prime majoritaire en tant que telle, mais sa réalisation (absence de seuil en 2014, présence d'un second tour sans seuil exigé pour y accéder en 2017). Ainsi, en éliminant toutes les listes sauf les deux ayant obtenu le plus de suffrages au deuxième tour, la loi de 2015 mettait en place selon la Cour une amplification *déraisonnable* des voix obtenues au premier tour par la liste gagnante du deuxième tour (1). Ce contrôle conduisit la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 35/2017 à choisir plus nettement qu'elle ne voulut bien le dire la représentativité sur la gouvernabilité (2). Cela oblige à revenir sur l'exclusion de la constitutionnalisation du mode de scrutin proportionnel qui semblait actée (3).

¹⁰² P. PASQUINO, « La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio », *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 avril 2017, p. 2.

¹⁰³ L. TRUCCO, « Sentenza Italicum : la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere », art. cité, p. 149.

¹⁰⁴ P. PASQUINO, « La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio », art. cité.

1. Le caractère axiologique du contrôle de « raisonabilité »

La typologie du contrôle de proportionnalité effectué par la Cour constitutionnelle italienne mérite d'être étudiée plus en détail. En effet, la Cour italienne n'est pas connue pour effectuer ce contrôle dans sa jurisprudence¹⁰⁵, à l'instar de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui a eu un rôle fondateur pour la reconnaissance du principe de proportionnalité dans le cadre européen ou la Cour européenne des droits de l'homme qui a contribué à le diffuser. Néanmoins, le « test de raisonabilité » (*ragionevolezza*) est depuis longtemps l'un des principaux instruments du contrôle de constitutionnalité en Italie¹⁰⁶ et serait même le « principe architectural du système¹⁰⁷ ». Pour certains, le mot « *ragionevolezza* » est même sans hésitation « le mot qui, de tous, est peut-être celui qui apparaît le plus souvent dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁰⁸ ».

En revanche, d'un point de vue qualitatif, on peut dire que le test de proportionnalité n'a existé qu'une fois dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, dans l'arrêt 2014 sur la loi électorale, parce qu'il existe des différences importantes entre ce test entendu au sens allemand et le test de raisonabilité de la Cour italienne. Le test de raisonabilité n'est pas systématisé clairement par la Cour et la doctrine a pu déplorer un usage non homogène d'une terminologie proche mais jamais véritablement définie¹⁰⁹. Des termes comme rationalité, caractère raisonnable, proportionnalité, mais aussi adéquation, cohérence, congruence, absence de caractère arbitraire, pertinence et beaucoup d'autres, sont utilisés comme s'il s'agissait de synonymes¹¹⁰.

La doctrine constitutionnaliste italienne a néanmoins opéré des tentatives de systématisation de ce contrôle sur la base de la jurisprudence constitutionnelle. G. Zagrebelsky identifie le contrôle du *caractère raisonnable* comme fondement de trois vices différents d'inconstitutionnalité de la loi :

¹⁰⁵ Comme l'a récemment remarqué Jean-Marc Sauvé dans son discours sur « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », lorsqu'il affirme en effet que, « alors que ce principe était quasiment absent de la jurisprudence italienne, le Conseil d'État de ce pays, sous l'influence du droit européen, a qualifié le principe de proportionnalité de principe général du droit, au même titre que le principe d'égalité » (Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftn7).

¹⁰⁶ AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992*, Milan, Giuffrè, 1994.

¹⁰⁷ Voir L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milan, Giuffrè, 2005.

¹⁰⁸ G. ZAGREBELSKY & V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologne, Il Mulino, 2012, p. 202 sq.

¹⁰⁹ E. BINDI, « Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale », *Ianus*, 10, 2014, p. 11.

¹¹⁰ Il suffit de prêter attention à un passage tiré de l'arrêt n° 2 de 1999 : « le caractère automatique de la sanction disciplinaire n'est pas raisonnable, en ce qu'il porte atteinte au principe de *proportion*, qui est à la base de la *rationalité* qui compose le principe d'*égalité* ».

le premier correspond à la création d'une « incohérence » dans le système législatif ; le deuxième se reconnaît dans l'« incompatibilité » avec une valeur constitutionnelle ; le troisième concerne le caractère « inapproprié » de la loi par rapport à la réalité de la vie sociale¹¹¹. De manière légèrement différente, le test a pu être divisé en trois éléments recherchés lors de ce contrôle : la rationalité systématique (cohérence) ; l'efficacité instrumentale (pertinence, proportionnalité) ; la justice-équité¹¹². D'autres auteurs identifient quatre types de contrôle qui rentrent dans la plus large catégorie de la raisonnabilité : les jugements de comparaison avec l'application du principe d'égalité ; les jugements d'adéquation aux fins constitutionnellement imposées ; les jugements de conformité qui recherchent les éventuelles contradictions avec la *ratio legis* ; et les jugements de proportionnalité qui opèrent un balancement notamment en matière de droits et libertés¹¹³.

Indépendamment de la possible systématisation de ce contrôle, il est clair que le contrôle de proportionnalité est une composante importante de la raisonnabilité. La Cour affirma même explicitement que le principe de proportionnalité « représente une expression directe du paramètre général du raisonnable¹¹⁴ », mais qu'il ne correspond pas au triple test d'origine allemande importé en France par le Conseil constitutionnel en 2008 et par le Conseil d'État en 2011¹¹⁵ de l'adaptation, de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure¹¹⁶. En 2014, la Cour constitutionnelle italienne eut recours pour la seule fois au contrôle de proportionnalité « triadique » à l'allemande. Les trois conditions du test apparurent clairement, lorsque la Cour se référa au « défaut de proportionnalité au sens strict » et à la « nécessité, commune à plusieurs juridictions constitutionnelles européennes, de contrôler si la norme objet de contrôle, avec la mesure et les modalités d'application établies, est nécessaire et adaptée pour atteindre les principes

¹¹¹ G. ZAGREBELSKY & V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 196.

¹¹² G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2000.

¹¹³ Une partie de la doctrine fait dériver ce type de contrôle de raisonnabilité de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 1130/1988, qui pour la première fois précise que « ce contrôle, loin d'impliquer le recours à des critères d'évaluation absolus et préétablis de manière abstraite, se déroule à travers une série de pondérations à propos de la proportionnalité des moyens choisis par le législateur dans son appréciation souveraine par rapport aux exigences objectives qui doivent être remplies ou aux finalités qu'il entend poursuivre, compte tenu des circonstances et des limitations concrètes ».

¹¹⁴ Arrêt n° 220 de 1995.

¹¹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 du février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13 ; CE, Ass., 16 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827. Cette formulation a ensuite été reprise s'agissant des injonctions émises par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une procédure de concentration (CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347).

¹¹⁶ M. CARTABIA, « I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana », conférence du 24 octobre 2013, disponible en ligne : http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf. Ce texte a été également publié en français : M. CARTABIA, « Le principe de proportionnalité, langage commun des cours constitutionnelles », in A. ALEN *e. a.* (dir.), *Grondwettelijk Hof 1985-2015/Cour Constitutionnelle 1985-2015*, Bruxelles, La Chartre, 2016.

légitimement poursuivis, en ce que parmi plusieurs mesures appropriées, elle prescrit celle qui est la moins restrictive des droits en jeu et établit des charges qui ne sont pas disproportionnées par rapport à la poursuite de ces objectifs » (arrêt n° 1/2014, § 3.1).

Cette exception trouve sans doute son explication dans la référence au droit comparé présente dans le passage cité, qui montre que la Cour n'utilisa pas sa méthode de contrôle habituelle, mais voulut se référer à la proportionnalité telle qu'elle est entendue par d'autres « juridictions constitutionnelles européennes » pour acquérir plus de force dans une décision qui, nous l'avons dit, est exceptionnelle à plusieurs égards.

Dans l'arrêt n° 35/2017, en revanche, la Cour revient à sa conception du « contrôle de proportionnalité et raisonnabilité » en ce qu'il

impose de vérifier – y compris dans des domaines, comme celui qui est examiné, caractérisés par une large discrétionnalité législative – que le balancement des principes et des intérêts constitutionnellement pertinents n'ait pas été réalisé avec des modalités telles qu'elles impliquent le sacrifice ou la compression de l'un d'entre eux de façon excessive¹¹⁷.

C'est donc le balancement ou mise en balance qui est la clé du contrôle du caractère raisonnable à l'italienne, qui se définit de manière classique comme « une technique interprétative et argumentative qui permet la conciliation nécessaire et raisonnable d'une pluralité d'intérêts constitutionnels concurrents¹¹⁸ ». Le caractère raisonnable ainsi entendu est donc le critère qui permet de contrôler que le sacrifice d'un intérêt ou d'un droit sur un autre droit ou intérêt ne soit pas excessif car « l'issue de la mise en balance ne peut jamais être le sacrifice total de l'une des valeurs en jeu, parce que chacune doit voir son noyau essentiel conservé¹¹⁹ ». En ce sens, la proportionnalité est un critère similaire qui aboutit au même résultat et les deux tests de « raisonnabilité » et « proportionnalité » ne font qu'un.

De la même manière que dans l'arrêt n° 1/2014, en 2017 les deux objectifs du mode de scrutin à mettre en balance sont la *représentativité* d'une part (rattachée à l'égalité du vote) et la *stabilité* du gouvernement (ou *gouvernabilité*) d'autre part (rattachée à la rapidité du processus décisionnel et

¹¹⁷ Arrêt n° 35/2017, § 9.2.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 9 de la version en ligne. Pour une application concrète de la mise en balance de droits non absolus et en conflit entre eux, un exemple saisissant est celui de l'arrêt sur l'affaire de la fermeture de l'aciérie ILVA en Calabre, où la Cour a été appelée à mettre en balance le droit à la santé et le droit au travail et la liberté du commerce et de l'industrie : « La Constitution italienne, comme les autres constitutions démocratiques et pluralistes contemporaines, exige une mise en balance constante et alternative entre principes et droits fondamentaux, sans que s'exerce la prétention au caractère absolu de l'un d'entre eux. Qualifier de “primaires” les valeurs de l'environnement et de la santé signifie ainsi qu'elles ne peuvent être sacrifiées à la place d'autres intérêts, même si ceux-ci sont constitutionnellement protégés, mais cela ne signifie pas que ces valeurs soient placées au sommet d'un ordre hiérarchique absolu. Le point d'équilibre, en ce qu'il est dynamique et non fixé à l'avance, doit être évalué – par le législateur quand il fixe les normes et par le juge des lois quand il contrôle – selon des critères de proportionnalité et de *ragionevolezza*, tels qu'ils ne permettent aucun sacrifice de leur noyau essentiel ».

¹¹⁹ M. CARTABIA, « I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana », art. cité, p. 11 de la version en ligne.

législatif). Mais les trois aspects d'une mesure appropriée ou adaptée, nécessaire et proportionnée ne sont pas recherchés en tant que tels. La Cour opère son *balancement* plus classique et l'applique à la question électorale, notamment à l'organisation d'un second tour des élections législatives afin d'attribuer la prime majoritaire au cas où aucune liste n'aurait obtenu 40 % des suffrages exprimés :

La poursuite légitime de l'objectif de la stabilité du gouvernement, qui présente un intérêt constitutionnel certain, provoque ainsi un sacrifice excessif des deux principes constitutionnels rappelés [le caractère représentatif de l'assemblée électorale et l'égalité du vote]¹²⁰.

Et la Cour d'en déduire que le contrôle de proportionnalité et de raisonnable se conclut négativement pour les raisons suivantes :

Les dispositions censurées produisent un *écart disproportionné* entre la composition de l'une des deux assemblées qui composent la représentation politique nationale, centre du système de démocratie représentative et de la forme du gouvernement parlementaire imaginés par la Constitution, d'une part, et la volonté des citoyens exprimée à travers le vote « qui constitue le principal instrument de manifestation de la souveraineté populaire selon l'article 1 de la Constitution » (arrêt n° 1/2014), d'autre part¹²¹.

Étant donné qu'accèdent au deuxième tour les deux listes arrivées en tête sans besoin d'un seuil minimum, on retombe dans la même problématique que dans l'arrêt n° 1/2014, et donc dans la disproportion du correctif majoritaire, qui sacrifie de manière déraisonnable l'intérêt de la représentativité lié au droit de vote. Pour reprendre les termes employés par le juge :

... une liste peut accéder au tour de ballottage également en ayant obtenu, au premier tour, un consensus limité, et accéder néanmoins à la prime, en voyant plus que doublés les sièges qu'elle aurait obtenus sur la base des voix du premier tour ; [...] les dispositions censurées reproduisent ainsi, même si au tour de ballottage, un effet de distorsion analogue à celui que cette Cour avait identifié dans l'arrêt 1/2014 par rapport à la législation électorale précédemment en vigueur¹²².

On peut regretter l'absence de précision dans l'usage du contrôle de proportionnalité en dehors du cas particulier de l'arrêt n° 1/2014, dont l'importance est d'ailleurs amoindrie par la référence au droit comparé. Mais cette absence de précision présente également un avantage pour le juge, qui apparaît clairement dans l'arrêt de 2017 : elle élargit considérablement son pouvoir de contrôle.

Certes, on pourrait y voir un élément de *self-restraint* car la Cour se limite à vérifier que la loi n'est pas viciée par des « raisons manifestes d'irrationalité ou de discrimination dénuées de fondement juridique, qui pourraient seules permettre de contrôler le pouvoir discrétionnaire ample réservé au législateur¹²³ ». Du fait de son caractère peu structuré et assez intuitif

¹²⁰ Arrêt n° 35/2017, § 9.2.

¹²¹ *Ibid.*, nous soulignons.

¹²² Arrêt n° 35/2017, § 9.1.

¹²³ Arrêts n° 175 de 1997, n° 416 de 1996, n° 295 et n° 188 de 1995 parmi beaucoup d'autres.

tif, ce contrôle s'adapterait particulièrement bien à des sujets très sensibles du point de vue politique, dans lesquels la Cour ne souhaite pas entrer¹²⁴. Il est vrai que le plus souvent, la Cour s'en tient à une signification minimale du caractère raisonnable, qui donne lieu à un « contrôle de la conformité constitutionnelle [...] limité à l'absence de rationalité *manifeste et irréfutable*¹²⁵ ». Cette version du contrôle est celle de la « *Wednesbury reasonableness*¹²⁶ » plus proche d'un contrôle de la *rationalité* que du caractère *raisonnable*¹²⁷ : un contrôle très déférent, qui permet au juge d'intervenir uniquement dans les cas où il est nécessaire d'éliminer une législation si manifestement dénuée de tout caractère rationnel qu'elle apparaît comme telle à toute personne dotée de bon sens.

Ou alors, *a contrario* avec cette vision fondée sur le *self-restraint* du principe de raisonnable, il est possible d'y voir une volonté tout à fait opposée en examinant le cas d'espèce. En revenant en 2017 à sa propre version du contrôle de proportionnalité, plus imprécis et vague, la Cour constitutionnelle italienne récupère son pouvoir discrétionnaire sur ce qui est « raisonnable » et ce qui ne l'est pas dans le système politique dessiné par la loi électorale soumise à son contrôle. Le principe de proportionnalité peut être critiqué lorsqu'il sort du domaine des droits fondamentaux et devient un principe objectif pour juger du caractère raisonnable ou non dans d'autres domaines, tel le système électoral, qui doit mettre sur la balance le droit fondamental de vote mais aussi des objectifs autres tels que la gouvernabilité du pays. C'est un bouleversement qui peut transformer le juge constitutionnel en législateur positif¹²⁸. Si l'on regarde plus attentivement les quelques ambiguïtés de l'arrêt n° 35/2017, on peut identifier en quoi con-

¹²⁴ Voir M. CARTABIA, « Le principe de proportionnalité, langage commun des cours constitutionnelles », art. cité.

¹²⁵ Arrêts n° 46 de 1993, mais aussi n° 236 de 2008, n° 81 de 1992, n° 206 de 1999.

¹²⁶ C'est le « *principle of reasonableness* » présent en Grande-Bretagne à partir de la décision *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corp. [1948] J K.B. 223 (U.K.)* : « il possédait à l'origine une double signification pour le juge : les critères qui fondent le résultat d'une décision ne peuvent être irrationnels (justifiable) ; une décision ne peut donner lieu à des conséquences sans commune mesure avec ce qu'elle cherchait à réaliser (raisonnable) » (X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel : Les figures du contrôle de proportionnalité », *Les petites affiches*, 2009, p. 6-17). Voir aussi A. STONE SWEET & J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008-2009, p. 78 sq.

¹²⁷ Pour une distinction entre raisonnable et rationnel voir M. CARTABIA, « Le principe de proportionnalité, langage commun des cours constitutionnelles », art. cité.

¹²⁸ A. STONE SWEET & J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. cité, p. 160-161 : « Plus largement, dans tous les systèmes examinés, nous avons constaté que la volonté d'une cour de se tourner vers le contrôle de proportionnalité a produit des processus qui ont contribué à accroître radicalement le rôle du judiciaire à la fois dans le pouvoir législatif et dans le développement constitutionnel ». Dans cet article, le contrôle de proportionnalité est défini comme « une procédure de prise de décision et une structure analytique que les juges emploient afin de régler les tensions entre deux valeurs ou intérêts constitutionnellement revendiqués » (p. 74-75). Cette définition s'adapte parfaitement au contexte italien.

siste ce bouleversement : la Cour a donné la priorité à la valeur de la représentativité sur celle de la gouvernabilité.

2. Le choix de la représentativité sur la gouvernabilité

Tout, dans cet arrêt, pointe vers un maintien de la sphère discrétionnaire du législateur ; mais malgré cette déclaration de principe, le législateur italien ne semble pas dans la pratique réellement libre de prendre en considération « le système des partis politiques qu'il entend régler » (arrêt n° 35/2017, § 8). Dès lors qu'il le fit, en prévoyant de manière réaliste qu'aucune liste ne serait en mesure d'obtenir 40 % des voix dans le panorama politique italien actuel, il fut censuré. La situation politique réelle n'est pas négligée totalement, puisque la Cour l'évoque pour permettre à deux des mécanismes correctifs de la proportionnelle (seuils et prime majoritaire) de coexister, la Cour affirmant qu'il

n'est manifestement pas irraisonnable que le législateur, *en considération du système politique des partis qu'il entend régler à travers les règles électorales*, ait recours dans le même temps et dans le cadre de sa discrétionnalité, aux deux mécanismes¹²⁹.

S'agit-il d'une incohérence de la part de la Cour de laisser d'une part un espace de liberté au législateur dans la prise en compte de la réalité politique, et d'autre part de censurer le seul aspect qui permet de manière réaliste de pouvoir distribuer la prime majoritaire à une liste – et ce d'autant plus que les coalitions sont exclues de la nouvelle loi électorale ? De ce point de vue, la censure du deuxième tour peut apparaître ou bien comme une annulation « largement marginale¹³⁰ », insistant ainsi sur la validation par la Cour de l'essentiel de la loi et donc l'exclusion de toute constitutionnalisation du système proportionnel, ou alors au contraire comme l'imposition par la Cour d'un système proportionnel intégral *de facto*, vu l'absence d'une liste qui puisse aujourd'hui obtenir 40 % des voix exprimées en Italie¹³¹. C'est dans ces deux hypothèses d'interprétation de l'arrêt radicalement différentes qu'on voit l'importance des enjeux de celui-ci.

La première interprétation, plus littérale, accepte la motivation du juge affirmant que ce n'est pas le deuxième tour qui est en lui-même contraire à la Constitution, mais « les modalités concrètes de l'attribution de la prime [majoritaire] à travers le tour de ballottage » (arrêt 35/2017, § 9). Ou encore, plus loin :

il est nécessaire de souligner que ce n'est pas le tour de ballottage entre les listes en soi, considéré abstraitement, qui apparaît comme constitutionnellement illégitime car radicalement incompatible avec les principes constitutionnels évoqués. Sont en revanche contraires aux articles 1 ali-

¹²⁹ Arrêt n° 35/2017, § 6, nous soulignons.

¹³⁰ A. MORRONE, « Dopo la decisione sull'Italicum : il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale », art. cité, p. 1.

¹³¹ P. PASQUINO, « La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio », art. cité, p. 4 : « La Cour [...] ne pouvait pas ne pas savoir que ce Parlement est vraisemblablement incapable de se donner une loi électorale différente d'un système proportionnel ».

néa 2, 3 et 48 alinéa 2, de la Constitution les dispositions spécifiques de la loi n° 52 de 2015, pour la façon dont ils ont concrètement réglementé un tel tour, par rapport à l'élection de la Chambre des Députés¹³².

Or une interprétation plus critique et sceptique est également possible : la Cour a choisi de privilégier un certain système politique – fondé sur le pluralisme politique et donc sur la représentativité – en dépit de sa volonté affichée de ne pas prendre parti sur le système à adopter entre proportionnel et majoritaire. Alors qu'on pouvait penser que la Cour, dans son souci de ne pas s'immiscer dans le choix du régime politique au profit de la liberté du législateur, n'aurait pas souhaité aller au bout de l'interprétation de sa propre jurisprudence de 2014, elle semble le faire sur un autre aspect, celui de l'exigence de représentativité. L'analogie faite par la Cour entre la loi de 2005 et celle de 2015 ouvre une interprétation sceptique de la décision. En 2014 (dans la décision sur la loi de 2005), l'amplification déraisonnable des voix obtenues par la liste arrivée en tête était le reproche exprimé contre l'attribution d'une prime majoritaire à la liste ou coalition arrivée en tête *sans prévoir aucun seuil minimum de suffrages obtenus pour y accéder*. Or, la nouvelle loi de 2015 se vit reprocher la même amplification déraisonnable, en ce qu'elle prévoyait l'organisation d'un second tour afin d'attribuer la prime majoritaire ; l'accès au second tour se faisait toujours sans seuil, mais simplement en prenant les deux listes arrivées en tête. Néanmoins, une différence existe entre les deux modalités d'attribution de la prime, et de taille : la présence ou l'absence d'un *vote des électeurs* avant de l'attribuer¹³³. Le deuxième tour n'est pas une répétition du premier, parce qu'il permet une délibération supplémentaire qui modifie parfois sensiblement le choix des électeurs¹³⁴.

Par son choix de ne pas faire la différence entre la distorsion des voix provoquée par l'attribution d'une prime majoritaire sans aucun seuil (loi de 2005) et cette même attribution mais à la suite d'un nouveau vote populaire (loi de 2015), la Cour constitutionnelle a choisi de privilégier le pluralisme de la représentation, qui est le propre des élections à un seul tour¹³⁵, à la gouvernabilité, qui aurait été garantie avec plus de réalisme par la solution du deuxième tour trouvée par la loi n° 52 de 2015.

¹³² Arrêt n° 35/2017, § 9.2.

¹³³ « Avec la loi Calderoli la prime était assignée à une minorité sans que le corps électoral soit appelé à s'exprimer ultérieurement ; avec le ballottage prévu par la loi 52 censuré par l'arrêt, la prime majoritaire aurait été assignée grâce à une consultation électorale *ad hoc* » (P. PASQUINO, « La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio », art. cité, p. 2).

¹³⁴ Pour une analyse du rôle de l'offre électorale dans l'influence sur le choix des électeurs, voir B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion 2012, p. 283 sq.

¹³⁵ « Alors que le premier tour produit représentativité, le second produit gouvernabilité et responsabilité claire de l'exécutif face au corps électoral » (P. PASQUINO, « La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio », art. cité, p. 3).

3. L'inconstitutionnalité de la démocratie majoritaire ?

Insister sur la discrétion du législateur à propos de la question électorale n'empêcha pas la Cour de donner sa réponse à une question fondamentale : la « démocratie majoritaire », qui « tend à concentrer le pouvoir politique entre les mains de la majorité¹³⁶ » est-elle conforme à la Constitution italienne ? Ou dans un autre sens, le principe proportionnel, visant à une large représentation du pluralisme des partis politiques en Italie, est-il implicitement inscrit dans l'esprit des Constituants de 1947 ?

Pour répondre à ces questions, la période suivant immédiatement la décision de la Cour n° 35/2017 vit un débat se déclencher sur le fait de savoir si la Cour avait « validé » ou « censuré » la nouvelle loi électorale. La question n'était pas anodine et dépassait la réponse strictement juridique d'une « censure partielle » de l'*Italicum*. On peut en effet interpréter cette décision de deux manières opposées : soit comme une façon pour la Cour de s'autolimiter en ne censurant que ce qui est « manifestement » déraisonnable, soit comme une façon de réécrire la Constitution pour ce qui concerne le régime politique à travers le système électoral. Au soutien de cette dernière interprétation de la décision, il convient de lire attentivement la partie finale de l'arrêt, où la Cour a inséré la question technique du mode de scrutin dans le cadre du régime politique en vigueur : le régime parlementaire. En effet, dans la perspective de la Cour, le système électoral pensé par le législateur de 2015 aurait dû « nécessairement [...] tenir compte de la fonction et position constitutionnelle de la Chambre des députés, organe fondamental de la forme démocratique de l'ordre juridique tout entier » (arrêt n° 35/2017, § 9.2). Et la Cour de qualifier le régime politique italien de « forme de gouvernement parlementaire », en expliquant ce que cela implique en termes de système électoral : « dans une forme de gouvernement parlementaire, tout système électoral, même s'il doit favoriser la formation d'un gouvernement stable, ne peut qu'être *principalement* destiné à assurer la valeur constitutionnelle de la représentativité » (*ibid.*, nous soulignons). De cette manière, le juge, qui semblait avoir refusé de constitutionnaliser le scrutin proportionnel, rappelle le *caractère constitutionnellement établi du régime parlementaire* qui implique, bien que la gouvernabilité soit un « objectif constitutionnellement légitime » (arrêt n° 35/2017, § 9.1), de lui préférer *in fine* la représentativité.

Une dernière question traitée par la Cour est importante pour comprendre l'apport créateur de cet arrêt dans la définition du régime parlementaire mis en place par la Constitution : le sort réservé au bicaméralisme parfait qui, du fait de l'échec de la révision constitutionnelle, caractérise toujours le régime parlementaire italien. Comme le soulignent les juges *a qui-*

¹³⁶ Ph. LAVAUX, « La démocratie majoritaire. Conception et discussion d'un modèle polaire », *Pouvoirs*, Numéro spécial : « La démocratie majoritaire », 85, 1998, p. 7. Ce type idéal de démocratie s'oppose dans le classement d'Arend Lijphart de la démocratie de consensus, qui « s'efforce de partager, disperser, contenir et limiter le pouvoir par toutes sortes de moyens » (A. LIJPHART, « Théorie et pratique de la loi de la majorité : la ténacité d'un paradigme imparfait », *Revue internationale des sciences sociales*, août 1991, p. 515). Pour l'application de ce concept à l'Italie des années 1993-1994, voir P. PASQUINO, « L'Italie vers la démocratie majoritaire », art. cité, p. 63-73.

bus et les requérants, la loi électorale contestée ne prévoit de mode de scrutin que pour la Chambre des députés, provoquant *de facto* une différence avec le mode de scrutin en vigueur pour le Sénat ; il rend ainsi possible sinon probable la formation de deux majorités politiques distinctes à l'intérieur du Parlement. Dès lors, la question est de savoir si une éventuelle cohabitation à l'intérieur du Parlement doit être considérée comme contraire à l'esprit de la Constitution. Un grief d'inconstitutionnalité est soulevé contre cette absence d'homogénéité entre les deux systèmes électoraux, mais rejeté par la Cour pour des raisons procédurales. Cependant, la question reste et ce grief a donné à la Cour l'occasion de s'exprimer sur l'opportunité, non pas *politique*, mais *constitutionnelle* d'éviter les blocages qui seraient inévitables dans le cas – fort probable aussi du fait de la situation politique désormais tripartite et non bipolaire¹³⁷ – d'une absence d'homogénéité politique entre les Chambres. Cette préoccupation était très présente dans le débat public et fut mise en évidence également par le Chef de l'État, qui considéra que le caractère divergent des lois électorales, majoritaire pour la Chambre et entièrement proportionnel pour le Sénat, créait une situation à « haut risque d'ingouvernabilité¹³⁸ ». C'est la raison pour laquelle il fit le choix de ne pas appeler aux élections anticipées après les résultats négatifs du référendum de décembre 2016 et la démission qui s'en suivit du Gouvernement de Matteo Renzi. Il était nécessaire, selon le Président de la République, d'attendre d'avoir une loi électorale homogène pour les deux Chambres. L'arrêt n° 35/2017 rejoint la même réflexion, lorsque la Cour affirme dans le tout dernier paragraphe (§ 15.2) que

Tout en maintenant ce qui vient d'être dit [l'inadmissibilité de la question de constitutionnalité], cette Cour ne peut éviter de souligner que l'issue du référendum (sur la base de l'article 138 de la Constitution) du 4 décembre 2016 a confirmé un système constitutionnel fondé sur la parité de position et fonctions des deux Chambres électives.

Dans ce contexte, la Constitution, si elle n'impose pas au législateur d'introduire, pour les deux branches du Parlement, des systèmes électoraux identiques, exige toutefois que, afin de ne pas compromettre le fonctionnement correct de la forme de gouvernement parlementaire, les systèmes adoptés, même différents, ne fassent pas obstacles, à l'issue des élections, à la formation de majorités parlementaires homogènes.

Certes cette affirmation pourrait s'interpréter comme étant un simple « souhait » ou une remarque liminaire de la part de la Cour, et non une quelconque obligation imposée par la Constitution¹³⁹. Une partie de la doctrine explique en effet que la Cour souhaite par cet *obiter dictum* qu'il y ait une simple majorité politique dans les deux Chambres, peu importe laquelle. On

¹³⁷ Voir L. TRUCCO, « Sentenza Italicum : la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere », art. cité, p. 170.

¹³⁸ Sergio Mattarella, Président de la République et ancien juge constitutionnel, s'exprime sur la question du mode de scrutin non homogène entre les deux Chambres dans son discours de fin d'année, le 31 décembre 2016. Le texte intégral du discours se trouve en ligne : http://www.repubblica.it/politica/2016/12/31/news/il_discorso_di_fine_anno_di_mattarella-155192981/.

¹³⁹ A. MORRONE, « Dopo la decisione sull'Italicum : il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale », art. cité.

peut être d'accord avec le fait que rien dans la Constitution n'oblige le législateur à mettre en place un mode de scrutin identique dans les deux Chambres, mais on peut aussi être plus critique à l'égard d'une interprétation trop simpliste de ce paragraphe. La Cour parle bien d'*homogénéité* entre la Chambre des députés et le Sénat et l'écho du discours politique du Président de la République est visible dans l'arrêt. C'est la gouvernabilité qui est en jeu ; or, dans un système qui prévoit la responsabilité du gouvernement devant *les deux Chambres* parlementaires, un problème évident se pose s'il est impossible de former un gouvernement qui n'exprime que l'une des majorités parlementaires.

De cette manière, et malgré les invitations répétées au législateur à choisir de manière libre et discrétionnaire le mode de scrutin le plus adapté et opportun à la situation politique du pays, la Cour dessine clairement les grands traits du système politique et institutionnel qui *devrait* être mis en place en accord avec la Constitution ou, dans le silence de celle-ci, avec l'esprit du régime mis en place par les Constituants. Et ce, en privilégiant la représentativité dans certains aspects – censure du second tour – et la gouvernabilité dans d'autres – absence d'homogénéité entre les deux Chambres¹⁴⁰.

Il y a plus qu'une façon pour le juge constitutionnel d'intervenir dans l'exercice du pouvoir constituant. La Cour constitutionnelle fédérale allemande avait par exemple, dans une situation similaire, contraint le gouvernement fédéral à modifier la loi électorale dans un cadre constitutionnel qu'elle avait elle-même tracé, en participant de ce fait au processus constituant¹⁴¹. Si on ne peut pas dire que la Cour constitutionnelle italienne se soit directement immiscée dans l'exercice du pouvoir de révision formelle, parce que sa décision est marquée par la volonté de laisser une indépendance totale au pouvoir constituant dérivé ainsi qu'au législateur, son action n'est pas pour autant dénuée de toute intervention dans la « fabrication de la constitution¹⁴² ». Le caractère matériellement constitutionnel des lois électorales en Italie étant avéré, en imposant sa vision du « bon » régime politique – du

¹⁴⁰ Cette invitation a été recueillie par le Gouvernement actuellement en place, qui a initié les négociations pour adopter une nouvelle loi électorale qui fixe les règles pour les deux Chambres du Parlement, sur le modèle allemand. Alors que l'accord semblait atteint entre les principales forces politiques du pays, celui-ci a échoué sur un amendement mineur le 8 juin 2017 lors du vote à la Chambre des députés. Le projet de loi est de nouveau à l'examen de la Commission Affaires constitutionnelles de la Chambre basse, mais il est assez improbable, au jour où l'auteur de ces lignes écrit, qu'un nouvel accord soit atteint sans le Mouvement 5 étoiles avant les prochaines élections.

¹⁴¹ A. FOURMONT, « Le problème de la loi électorale en Allemagne. Réflexions sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 juillet 2012 », *Jus Politicum*, 9, 2013, p. 39.

¹⁴² O. CAYLA, « L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in D. DE BÉCHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006. Cette fabrication n'apparaît selon l'auteur « que dans le second temps de la lecture du texte, effectuée par les divers corps constitués qui ont à l'appliquer : les organes législatifs, exécutifs et juridictionnels qui l'interprètent. C'est à cette occasion seulement que la signification juridique de la parole constituante écloait » (p. 259).

régime politique « raisonnable » –, la Cour a son mot à dire sur le contenu de la Constitution au sens matériel.

Eleonora Bottini

Eleonora Bottini est maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne (Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, UMR 8103). Elle est l'auteur d'une thèse portant sur la sanction constitutionnelle comme argument doctrinal (Paris, Dalloz, 2016).