

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

## **L'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne**

**Nicoletta Perlo**

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## Chapitre 10

### L'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne

*Nicoletta Perlo*

Dans le cadre d'une étude sur l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel, l'exemple italien peut fournir des pistes de réflexion intéressantes. Les deux systèmes de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* présentent en effet des éléments fort similaires. Le législateur organique français de 2009 s'est d'ailleurs inspiré, entre autres, de l'expérience italienne de la question préjudicielle pour élaborer la procédure de la QPC.

Ainsi, comme pour la QPC, le contrôle de constitutionnalité italien se déclenche « *au cours d'un procès devant une autorité juridictionnelle* »<sup>1</sup> et a pour objet « *les lois et les actes ayant force de loi de l'État et des régions* »<sup>2</sup>. Peuvent soulever une question de constitutionnalité les parties et le juge d'un procès. Le pouvoir des parties est indirect, car elles soulèvent la question devant le juge et celui-ci, opérant un filtrage *a minima*, peut décider de transmettre la question à la Cour constitutionnelle. En revanche, et à la différence de la France, tout juge peut soulever *ex officio*, directement, une question de constitutionnalité devant la Cour<sup>3</sup>.

La procédure est donc dite incidente, étant exclu, comme en France, l'accès direct à la Cour constitutionnelle<sup>4</sup>.

Si la doctrine italienne n'utilise pas l'expression « effet utile » pour qualifier la portée des décisions de la Cour, la problématique que cette notion recèle est abondamment étudiée. En particulier, la question de l'utilité des décisions du juge constitutionnel pour les justiciables du procès *a quo* et des instances en cours se lie étroitement à celle de la nature, concrète et abstraite, du contrôle de constitutionnalité italien. En effet, ces deux dimensions coexistent, mais souvent de façon conflictuelle. Les adaptations que la Cour constitutionnelle opère, pour trouver un équilibre entre les 2, se reflètent directement sur les effets de ses décisions, en conduisant à des extensions, ou bien à des limitations, ou encore à la négation de l'effet utile.

Le contrôle de constitutionnalité italien est, en effet, concret en ce que le procès n'est pas une simple occasion permettant de soulever une question de constitutionnalité, mais il est « *la racine et la raison d'être de la question elle-même* »<sup>5</sup>. En effet, pour que la question soit recevable, le juge *a quo* doit prouver, en la motivant<sup>6</sup>, sa *rilevanza*<sup>7</sup>, c'est-à-dire le rapport de

---

<sup>1</sup> Art. 1, loi const. n°1/1948 ; art. 23, loi n°87/1953.

<sup>2</sup> Art. 134 C.

<sup>3</sup> Art. 1, loi const. n°1/1948 ; art. 23, loi n°87/1953.

<sup>4</sup> Il existe aussi un contrôle *a posteriori* exercé par voie d'action qui peut être déclenché par les régions contre les lois promulguées de l'État et, inversement, par le président du conseil des ministres contre une loi régionale. Toutefois, nous limiterons notre étude au contrôle *a posteriori* par voie d'exception, puisqu'il est plus pertinent au regard de la comparaison avec le système français.

<sup>5</sup> G. Zagrebelsky, V. Marceno, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 269.

<sup>6</sup> Cour const. it., arrêts n°14/1964 et 50/2004.

<sup>7</sup> La *rilevanza* est traduite en français « importance déterminante » in L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2016, p. 91.

causalité existant entre la question préjudicielle de constitutionnalité et la résolution du procès *a quo*. La saisine peut avoir pour objet seulement des normes qui influencent de façon déterminante la résolution du procès *a quo*<sup>8</sup>.

Ainsi, l'instauration du contrôle de constitutionnalité, qui est un mécanisme de garantie objective, est subordonnée à une condition particulière : « *l'utilité de la question pour la résolution d'un conflit spécifique* »<sup>9</sup>. Par le biais de la *rilevanza*, la matrice concrète de la question se manifeste ainsi que sa finalité : la protection de situations juridiques subjectives, et par là même donc, la production d'un effet utile.

Bien évidemment, la résolution du conflit *a quo* n'est pas la finalité exclusive du contrôle de constitutionnalité. Sur celle-ci se greffe la finalité plus générale de la garantie objective de la conformité des lois à la Constitution.

La dimension abstraite du contrôle apparaît, tout d'abord, à travers le principe de l'autonomie des deux procès, *a quo* et de constitutionnalité. Les objets des deux procès sont différents : la protection de droits subjectifs, d'une part, et le contrôle de la constitutionnalité de la loi, d'autre part. Ainsi, la question préjudicielle ne conduit pas à déplacer le procès *a quo* devant la Cour constitutionnelle. La *rilevanza* exprime certes un rapport de causalité entre les deux jugements, mais ne tient pas compte des conséquences favorables ou défavorables de la décision de la Cour pour les parties du procès *a quo*<sup>10</sup>. Dans le même sens, la suspension, l'interruption ou l'extinction du procès *a quo* n'a pas d'effet sur le jugement devant la Cour constitutionnelle, qui est, dans tous les cas, maintenu<sup>11</sup>.

Les deux dimensions, concrète et abstraite, coexistent alors, non sans difficultés. L'exigence objective de la cohérence du système normatif, poursuivie principalement par le contrôle de constitutionnalité, peut en effet rentrer en conflit avec l'intérêt à la protection des situations juridiques subjectives du procès *a quo* et des autres instances en cours. Or, ce conflit latent mais permanent entre les deux dimensions du contrôle se reflète sur la réglementation des effets des décisions de la Cour constitutionnelle. Le choix italien d'accorder aux déclarations d'inconstitutionnalité un effet rétroactif *ex tunc* - plus étendu donc que celui *ex nunc* attribué aux décisions du Conseil constitutionnel français - est en effet la conséquence de la matrice concrète du contrôle incident. Toutefois, le contrôle objectif effectué par la Cour peut parfois diminuer ou même annuler l'effet utile normalement prévu, la dimension abstraite primant alors sur celle concrète. Cela se produit principalement dans deux cas de figure, qui souvent, d'ailleurs, se recourent.

Lorsque la Cour constitutionnelle entend préserver les rapports entre les pouvoirs de l'État et leurs prérogatives constitutionnelles, elle peut décider de ne pas censurer une norme, pourtant inconstitutionnelle, afin que le législateur intervienne. Cela se produit lorsqu'il n'y a pas d'autre solution possible pour combler la lacune, et la Cour préfère ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du législateur. Des considérations relatives à la cohérence du système constitutionnel global priment alors sur les droits subjectifs des individus, au détriment de l'effet utile.

---

<sup>8</sup> Art. 23, loi n°87/1953.

<sup>9</sup> G. Zagrebelsky, V. Marcano, *Giustizia costituzionale*, op. cit., p. 284.

<sup>10</sup> Cour const. it., arrêt n°241/2008.

<sup>11</sup> Art. 18, *Norme integrative* du 16 mars 1956.

Dans d'autres cas, la Cour constitutionnelle peut évaluer les conséquences globales, souvent d'ordre économique et social, d'une déclaration d'inconstitutionnalité et décider de moduler les effets de sa décision, afin de limiter les atteintes à d'autres droits constitutionnels. Cela, toutefois, se fait au détriment des justiciables du procès *a quo* et des instances en cours.

Afin d'illustrer plus dans les détails les solutions adoptées par la Cour constitutionnelle italienne pour résoudre les conflits entre les deux dimensions du contrôle et l'influence que cela a sur l'effet utile, nous analyserons dans un premier temps la réglementation italienne générale sur les effets des décisions d'inconstitutionnalité (I). Ensuite, nous analyserons les effets particuliers qui découlent de typologies de décisions créées par la Cour afin d'adapter son contrôle aux exigences de la protection, tantôt des droits subjectifs, tantôt du droit objectif, tantôt des deux à la fois (II).

## **I. LA RÉGLEMENTATION GÉNÉRALE DES EFFETS DES DÉCISIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA COUR**

Les normes, de rang à la fois constitutionnel et législatif, qui réglementent les effets des décisions de la Cour constitutionnelle dans le temps, assurent une protection automatique de l'effet utile (A). Une protection qui se trouve d'autant plus étendue en matière pénale (B).

### *A. Les effets des décisions de la Cour dans l'espace et dans le temps*

Les effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne sont prévus par la Constitution et par la loi n°87 de 1953, et se produisent de manière automatique. Il faut différencier les effets « dans l'espace » et « dans le temps ».

En ce qui concerne la première catégorie, les déclarations d'inconstitutionnalité d'une loi bénéficient d'une autorité absolue de la chose jugée (art. 136, 1<sup>er</sup> al. C.). Elles produisent donc des effets *erga omnes* et s'imposent au législateur et aux juges. En revanche, et à la différence du système français, les décisions de rejet des questions préjudicielles de constitutionnalité ne produisent que des effets *inter partes*, ainsi limités aux parties au procès incident.

Les effets « dans le temps » sont organisés sur la base de la combinaison des articles 136, 1<sup>er</sup> alinéa de la Constitution et 30, 3<sup>e</sup> alinéa de la loi n°87/1953. L'article 136 de la Constitution prévoit que la norme de rang législatif déclarée contraire à la Constitution « *cesse de produire des effets dès le lendemain de la publication de la décision* » rendue par la Cour constitutionnelle. L'article 30 de la loi de 1953 affirme que « *les normes déclarées inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées dès le lendemain de la publication de la décision* » dans le Journal officiel. En ce sens, « *l'effet de la décision de la Cour constitutionnelle se présente [...] pour le futur comme un effet substantiel analogue à l'abrogation ; pour le passé comme un effet processuel qui se répercute naturellement sur les*

*situations substantielles en cours* »<sup>12</sup>. Ainsi, existe une « *rétroactivité procédurale* »<sup>13</sup> qui s'applique aux parties au procès *a quo* et à toutes les instances en cours, même si elles se sont constituées avant la publication de la décision. Bien que la doctrine italienne ne le dénomme pas ainsi, il s'agit bien d'accorder un « effet utile » aux décisions de la Cour.

En revanche, la déclaration d'inconstitutionnalité ne s'applique pas aux rapports et aux situations définitivement jugés, qui ne peuvent plus être remis en cause devant un juge.

### *B. Un effet utile plus étendu en matière pénale*

Une exception existe toutefois en matière pénale, ce qui fait que l'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle italienne est beaucoup plus étendu qu'en France en ce domaine. 3 cas de figure sont à distinguer selon qu'il s'agisse d'une norme pénale configurant un crime ou un délit, une norme pénale prévoyant une sanction plus sévère, ou encore une norme pénale prévoyant une sanction plus douce.

Si la norme déclarée inconstitutionnelle prévoit un crime ou un délit, non seulement la décision de la Cour s'applique aux instances en cours en empêchant toute condamnation, mais aussi, lorsqu'une condamnation a déjà été prononcée, l'exécution pénale et tous les effets pénaux associés cessent automatiquement<sup>14</sup>. La déclaration d'inconstitutionnalité, tout en poursuivant un autre but, produit ainsi les mêmes effets que l'*abolitio criminis* (art. 673 code proc. pén.). En revanche, s'il s'agit d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme pénale qui prévoit une ou des peines moins favorables aux condamnés, la poursuite de l'effet utile rejoint celle du principe de la rétroactivité de la norme pénale plus douce.

Une jurisprudence récente de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré qu'à la différence de l'abrogation législative, la déclaration d'inconstitutionnalité élimine la norme de l'ordre juridique de façon totale et définitive. Par conséquent, elle ne peut plus produire d'effet<sup>15</sup>, même dans le cadre de condamnations définitives. En effet, une peine doit avoir un fondement normatif positif, non seulement au moment de son infliction, mais aussi au moment de son exécution<sup>16</sup>. Les effets de la décision se produisent alors comme si la peine la plus favorable avait toujours existé. Ils s'appliquent bien évidemment au jugement *a quo* et aux instances en cours, mais ils peuvent renverser aussi l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, à la différence des déclarations d'inconstitutionnalité des normes prévoyant un crime ou un délit — dont les effets se produisent de façon automatique —, le condamné ou le ministère public doivent s'adresser au juge de l'application des peines pour que les déclarations d'inconstitutionnalité des normes fixant des peines moins favorables produisent leurs effets. C'est donc au juge compétent de déterminer à nouveau la peine, à la lumière de la décision de la Cour constitutionnelle<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 266.

<sup>13</sup> Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *RFDA*, n°4-2004, pp. 700-711.

<sup>14</sup> En vertu des articles : 30, 4<sup>e</sup> al., loi n°87/53 ; 2, 2<sup>e</sup> al. code pénal ; 673 code de procédure pénale.

<sup>15</sup> Cour cass., Ass. plén., arrêt n°42858/2014.

<sup>16</sup> Cour cass., Ass. plén., arrêt n°18821/2013.

<sup>17</sup> Art. 666, code de procédure pénale.

Enfin, dans le cas des déclarations d'inconstitutionnalité de normes prévoyant des peines plus favorables aux condamnés, la poursuite de l'effet utile rejoint le principe de la non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère. L'effet utile consiste ici non tant dans l'application des effets de la décision au procès *a quo* et aux instances en cours, mais plutôt dans la non-application d'effets qui seraient plus défavorables aux justiciables.

Cependant, la limitation des effets de la décision constitutionnelle ne concerne que les délits commis pendant que la norme plus favorable était en vigueur. Dans ce cas, prime le principe de la prévisibilité des conséquences pénales d'une conduite déterminée. En revanche, les effets de la décision de la Cour s'appliquent bien aux délits commis avant l'entrée en vigueur de la norme en question<sup>18</sup>. En ce sens, la décision d'inconstitutionnalité empêche d'opérer le mécanisme de rétroactivité de la *lex in mitius*. L'effet utile en résulte ainsi plus limité par rapport aux deux autres typologies normatives de droit pénal.

En conclusion, les règles générales qui guident la production des effets des décisions de la Cour constitutionnelle italienne sont assez claires. Toutefois, elles sont très vite apparues au juge constitutionnel comme trop simples face à la complexité des cas réels. Des échappatoires entre le choix rigide et binaire de la recevabilité ou du rejet de la question préjudicielle ont été trouvées de façon prétorienne, ce qui a complexifié le cadre des effets des décisions de la Cour.

## **II. LA RÉGLEMENTATION PRÉTORIENNE DES EFFETS DES DÉCLARATIONS D'INCONSTITUTIONNALITÉ DE LA COUR**

Bien que la réglementation d'après-guerre sur la portée des décisions de la Cour constitutionnelle n'ait fait l'objet d'aucune révision, ni constitutionnelle ni législative, la jurisprudence constitutionnelle au cours des années a fortement innové en ce domaine. Face au choix binaire entre des arrêts de rejet et des arrêts d'admissibilité, la Cour a élaboré une typologie très riche de décisions à partir non pas tant d'une théorie abstraite, mais plutôt d'exigences spécifiques et concrètes.

En particulier, les différentes typologies d'arrêts naissent de la nécessité pour la Cour de maîtriser les effets de ses décisions sur la base des conséquences qu'elles peuvent avoir, d'une part, sur les rapports avec les autres pouvoirs de l'État (A) et, d'autre part, sur les autres valeurs et droits protégés par la Constitution (B).

Nous verrons que plus la Cour italienne se préoccupe de protéger le système constitutionnel dans sa globalité, moins l'effet utile est garanti et, à l'opposé, plus le juge constitutionnel empiète sur les autres pouvoirs et se désintéresse des effets collatéraux de ses décisions sur les autres droits, plus l'effet utile est protégé.

---

<sup>18</sup> Cour Const. it., arrêt n°394/2006.

### A. L'effet utile confronté aux prérogatives constitutionnelles des pouvoirs

La Cour constitutionnelle italienne a essayé d'ajuster les effets de ses décisions afin, d'une part, de préserver le rôle et les compétences du pouvoir judiciaire (1) et du pouvoir législatif (2), et d'autre part, de pallier les lacunes éventuelles de ces deux pouvoirs. Dans le premier cas, l'effet utile s'en trouve amoindri. En revanche, dans le second cas, l'effet utile en ressort renforcé.

#### 1. Les décisions « interprétatives »

La nécessité de définir les rapports avec les juges, détenteurs du pouvoir d'interpréter la loi, a induit la Cour constitutionnelle à élaborer deux typologies de décisions, dites « correctives » et « interprétatives », qui ont permis d'établir une répartition plus claire des rôles respectifs de la juridiction ordinaire et de la juridiction constitutionnelle, en limitant les conflits et les interférences qui en avaient résulté lors des premières années d'activité de la Cour.

Nous nous occuperons seulement des décisions « interprétatives » puisqu'elles ont une influence particulière sur l'effet utile<sup>19</sup>. Notamment, existent des décisions interprétatives de rejet et des décisions interprétatives d'admissibilité.

#### Les arrêts interprétatifs de rejet

Dans le cadre de cette typologie d'arrêt, la Cour considère la question irrecevable puisqu'il est possible, à son avis, d'attribuer à la disposition faisant l'objet de la saisine une signification normative différente de celle retenue par le juge *a quo*. Parmi les différentes interprétations de la disposition, la Cour choisit celle qu'elle considère conforme à la Constitution, en « sauvant » la norme et en imposant son choix interprétatif aux juges de droit commun.

Cette typologie est fort semblable aux décisions du Conseil constitutionnel sous réserve neutralisante, proposant en particulier une interprétation « neutralisante positive »<sup>20</sup>.

Or, par l'arrêt interprétatif de rejet, la Cour constitutionnelle empiète sans doute sur les compétences des juges ordinaires. Toutefois, le juge constitutionnel agit en ce sens seulement lorsqu'il n'existe pas une interprétation prétorienne consolidée et univoque (selon la doctrine du « droit vivant ») de la disposition en question. De plus, l'interprétation retenue par la Cour ne produit pas d'effet *erga omnes* et n'a qu'une efficacité persuasive, dépendant en grande partie de l'argumentation contenue dans la motivation de l'arrêt. Le seul juge qui est obligé d'appliquer la disposition selon l'interprétation fournie par la Cour est le juge *a quo*<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Pour une présentation de ces 2 typologies d'arrêts v. M. Fatin-Rouge Stefanini et K. Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité », in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, L. Gay (dir.), Bruylant, 2014, p. 342 ss.

<sup>20</sup> Selon l'appellation donnée par Louis Favoreu in « La décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p. 622 e ss.

<sup>21</sup> À la différence du système français, en Italie les juges ordinaires ne sont pas tenus de suivre les indications contenues dans les arrêts de rejet. En outre, ils peuvent soulever à tout moment une question préjudicielle de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été soumise à la Cour constitutionnelle, lorsque celle-ci a considéré la question non fondée. En ce sens, la déclaration de constitutionnalité n'attribue pas à la disposition, comme en France, un brevet de conformité.

L'effet utile est ainsi garanti de façon relative : il est préservé dans le procès *a quo*. En revanche, pour les instances en cours, cela dépend du degré d'adhésion des juges ordinaires à l'interprétation de la disposition fournie par le juge constitutionnel.

#### Les arrêts interprétatifs d'admissibilité

Face à la tendance des juges de droit commun à ne pas suivre l'interprétation des lois dictée par la Cour constitutionnelle dans les arrêts interprétatifs de rejet, le juge constitutionnel a été contraint d'adopter des arrêts interprétatifs qui déclarent l'inconstitutionnalité de l'une des significations possibles de la norme. Par ce biais, la Cour n'élimine pas de l'ordre juridique la disposition, mais l'une des normes qui peut découler de celle-ci. Les juges de droit commun restent libres d'appliquer la disposition, à la condition qu'ils l'interprètent conformément à la Constitution.

Cette typologie d'arrêts rappelle les décisions du Conseil constitutionnel « sous réserve d'interprétation neutralisante négative », bien qu'en France il s'agisse de décisions de conformité, alors qu'en Italie il s'agit de décisions d'inconstitutionnalité.

Pour cette raison, en Italie, ces décisions produisent des effets *erga omnes* et permettent la pleine garantie de l'effet utile.

## 2. Les décisions « manipulatives »

Comme dans tous les pays dotés d'un contrôle de constitutionnalité, la relation entre la Cour constitutionnelle italienne et le législateur est des plus délicates. En Italie, cela est aggravé par le fait que le législateur a manifesté depuis longtemps une certaine inertie face aux décisions de la Cour constitutionnelle. Ainsi, si d'une part, cela a incité la Cour à élaborer des décisions qui puissent assurer la conformité de la loi à la Constitution, sans qu'une intervention législative ultérieure ne soit nécessaire, d'autre part, consciente de son rôle et de celui du législateur, elle a également élaboré des arrêts permettant au Parlement d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière législative. L'effet utile en est affecté en conséquence.

#### Les décisions « manipulatives additives »

Cette typologie de décisions a été appelée « manipulative » pour mettre en exergue que leur but est la transformation de la loi, et non son élimination ou bien son interprétation conforme à la Constitution<sup>22</sup>.

Ainsi, par ce biais, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la loi en modifiant sa portée normative. Notamment, elle peut réduire le sens normatif de la disposition (arrêts « ablatifs »), ou bien l'enrichir (arrêts « additifs »), ou encore substituer une partie de la norme considérée inconstitutionnelle avec une règle conforme (arrêts « substitutifs »)<sup>23</sup>.

Ces décisions sont adoptées afin d'éviter, d'une part, les inconvénients d'une déclaration « simple » d'inconstitutionnalité, comportant toujours une atteinte à la sécurité juridique, et,

---

<sup>22</sup> G. Zagrebelsky, V. Marceno, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 390.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 390-393.

d'autre part, le risque que l'inaction du législateur puisse provoquer un vide juridique prolongé dans le temps.

Le Conseil constitutionnel français adopte des décisions similaires aux arrêts additifs italiens. Elles sont définies par la doctrine française « décisions sous réserve constructive ». Comme leurs homologues italiennes, elles ont pour objectif de pallier les omissions (inconstitutionnelles) du législateur<sup>24</sup>. Toutefois, il faut bien noter que les décisions françaises déclarent la conformité de la norme à la condition d'y ajouter certains éléments, alors que les arrêts italiens déclarent l'inconstitutionnalité de la norme en ce qu'elle ne prévoit pas la règle déterminée ensuite dans les motifs de la décision.

Les arrêts « manipulatifs » additifs italiens n'ont pas manqué de soulever de grands débats théoriques sur, d'un côté, l'empiètement de la Cour constitutionnelle sur le rôle du législateur, et de l'autre, sur la qualification de ces décisions en tant que sources du droit.

Dans le cadre de cette étude, nous nous limitons à questionner l'impact de cette typologie de décisions sur l'effet utile. Or, puisqu'il s'agit de décisions d'inconstitutionnalité, les parties censurées de la norme suivent les règles générales relatives à la production des effets des arrêts de la Cour constitutionnelle : elles ne s'appliquent plus de façon rétroactive ni au procès *a quo* ni aux instances en cours, pouvant atteindre aussi l'autorité de la chose jugée en matière pénale.

De surcroît, puisque la norme est transformée et non intégralement censurée, la décision donne naissance à une nouvelle règle, d'application immédiate avec effet *erga omnes*. L'effet utile en ressort fortement valorisé, puisque les juges disposent tout de suite d'une norme conforme à la Constitution, sans qu'il soit besoin d'attendre l'intervention du législateur.

#### Les arrêts « manipulatifs additifs de principe »

Plus problématiques au regard de l'effet utile apparaissent en revanche les décisions manipulatives « additives » de principe.

Cette typologie d'arrêts a été élaborée par la Cour afin de limiter les interférences avec le Parlement que les arrêts additifs génèrent. En effet, dans ce cas, la déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas associée à la détermination par la Cour d'une norme capable de combler la lacune normative. Face à la pluralité des solutions constitutionnellement conformes qui peuvent être choisies, la Cour s'efface, consciente des limites de son rôle, et indique un principe ou des principes constitutionnels desquels la solution adoptée devra s'inspirer. Le juge constitutionnel remet ainsi à la discrétion du législateur l'élaboration de la nouvelle réglementation dans le respect des principes indiqués<sup>25</sup>.

Or, étant donné le retard systématique – sinon l'absence tout court — de l'intervention législative, ce sont en réalité les juges de droit commun qui se trouvent confrontés à l'exigence d'élaborer des règles pour les cas concrets. La Cour l'affirme d'ailleurs lorsqu'elle explique que dans le cadre des décisions additives de principe, le juge de droit commun doit se référer au principe indiqué afin de trouver une solution pour le cas concret, dans l'attente de l'intervention législative. Est ainsi sollicitée une réglementation prétorienne transitoire et

---

<sup>24</sup> Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, p. 238.

<sup>25</sup> E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 143.

provisoire<sup>26</sup>, dont la seule valeur est de fournir une solution plus proche de la légalité constitutionnelle au détriment, toutefois, de la sécurité juridique et du principe d'égalité. L'effet utile en résulte fortement redimensionné, puisque les règles qui seront appliquées dans le procès *a quo* et dans les instances en cours pourront varier sensiblement.

Une affaire récente permet d'illustrer l'impact négatif de cette typologie de décisions sur l'effet utile. En 2014, la Cour a déclaré inconstitutionnelle la norme qui prévoit la cessation du mariage lorsque l'un des deux conjoints obtient la rectification de son genre à l'état civil<sup>27</sup>. Selon le juge, la disposition n'est pas conforme à la Constitution puisqu'elle ne permet pas aux conjoints qui le souhaitent de maintenir un rapport de couple légalement reconnu et réglementé, capable de protéger les droits et les obligations du couple. Pour la Cour, l'intervention du législateur s'impose, puisqu'il ne serait pas possible de rétablir la légalité constitutionnelle par une intervention additive, qui confirmerait tout simplement la validité du contrat de mariage.

La Cour s'adresse alors au législateur : elle exhorte son intervention et fixe les principes qui devront réglementer la matière. Il s'agit, toutefois, de principes qui ne permettent pas une application jurisprudentielle immédiate, la Cour laissant entendre que, dans l'attente de l'intervention législative, les juges de droit commun seraient obligés de continuer d'appliquer la règle du divorce imposé<sup>28</sup>. De toute évidence, cette décision met à mal l'effet utile, en ce que la constatation de la violation d'un droit constitutionnel ne conduit pas à une protection effective et immédiate. Plus en général, toute la réglementation sur les effets des arrêts de la Cour est atteinte ainsi que la nature incidente du contrôle de constitutionnalité<sup>29</sup>.

Face à la violation de la matrice concrète du contrôle, le juge *a quo* a réagi. Notamment, la Cour de cassation - qui avait posé la question préjudicielle aboutissant à l'arrêt n°170/2014 - affirme qu'un arrêt additif de principe n'efface pas la spécificité des effets des déclarations d'inconstitutionnalité réglementés par l'article 136 de la Constitution<sup>30</sup>. Par conséquent, le juge *a quo* a décidé de maintenir le lien matrimonial de façon provisoire, jusqu'à ce que le législateur établisse une nouvelle réglementation.

Or, la solution de la Cour de cassation constitue une violation évidente de l'arrêt constitutionnel. Cependant, elle représente une tentative compréhensible de pallier la difficulté, d'une part, de continuer d'appliquer une norme reconnue non conforme à la Constitution, et, d'autre part, de priver de tout effet utile la saisine de la Cour constitutionnelle.

Le risque évident de cette typologie de décisions est qu'elles génèrent la « révolte » des juges de droit commun. Soucieux de protéger les droits subjectifs et forts de leur pouvoir d'interprétation de la loi et de la Constitution, les juges ordinaires peuvent trouver des solutions interprétatives alternatives pour assurer l'effet utile en désavouant la jurisprudence

---

<sup>26</sup> G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 289 et ss.

<sup>27</sup> Cour const. it., arrêt n°170/2014.

<sup>28</sup> A. Ruggeri, « Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità », *www.giurcost.org*, p. 3.

<sup>29</sup> S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo », <https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/213-stefano-catalano-valutazione-della-rilevanza-della-questione-di-costituzionalita-ed-effetto-della-decisione-della-corte-sul-giudizio-a-quo>, p. 22-23.

<sup>30</sup> Cour cass., sect. I civile, 21 avril 2015, n°8097.

constitutionnelle, ce qui peut affecter à terme la légitimité de la Cour constitutionnelle<sup>31</sup>. Ce même risque est associé aux arrêts de la Cour qui modulent les effets dans le temps.

*B. L'effet utile confronté à l'impact global des décisions d'inconstitutionnalité sur le système constitutionnel : la pratique italienne de la modulation des effets dans le temps*

À la différence de ce qui est prévu en France, la Cour constitutionnelle italienne n'a pas été dotée du pouvoir de moduler les effets de ses décisions dans le temps.

Cependant, la Cour s'est auto-attribué ce pouvoir pour faire face à des situations dans lesquelles une déclaration d'inconstitutionnalité aurait pu donner lieu à des violations plus graves de la Constitution. Cette nécessité s'est manifestée notamment dans les cas où il a s'agit de mettre en balance la protection des droits sociaux avec l'équilibre budgétaire de l'État en temps de crise économique, ou d'éviter le risque de réduire à néant toute l'activité judiciaire réalisée dans un secteur déterminé pendant une période donnée<sup>32</sup>.

Les premières décisions modulant leurs effets pour le passé ont été adoptées en 1988<sup>33</sup>. La doctrine distingue deux typologies de modulation : d'une part, il y a les arrêts qui annulent la loi au motif d'une inconstitutionnalité survenue (1) et, d'autre part, les arrêts qui limitent l'effet rétroactif des décisions en raison d'exigences constitutionnelles d'ordre général (2)<sup>34</sup>. Les deux typologies ont une influence différente sur la garantie de l'effet utile : dans le premier cas, l'effet utile est limité, dans le second, il est tout simplement nié.

Pour pallier les effets néfastes de la négation de l'effet utile et concilier la nature concrète avec celle abstraite de son contrôle, en 2018, la Cour constitutionnelle a inauguré une toute nouvelle typologie de décisions, les ordonnances d'inconstitutionnalité à effet différé (3).

### 1. Les décisions d'inconstitutionnalité survenue : un effet utile limité

À travers ces décisions, la Cour considère qu'une norme, conforme à la Constitution au moment de son entrée en vigueur, est devenue inconstitutionnelle par la suite, à cause d'événements – normatifs ou non — survenus. Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité

---

<sup>31</sup> Ce phénomène peut être observé en France aussi. Suite à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, *Daniel W. et autres*, n°2010-14/22 QPC, relative à la réglementation de la garde à vue, qui modulait les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le temps, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt du 15 avril 2011, n°592 a fait prévaloir le droit de la Conv. EDH sur la décision du Conseil afin de protéger de façon immédiate les droits des justiciables.

<sup>32</sup> E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 138.

<sup>33</sup> Cour const. it., arrêts n°266/1988 et 501/1988. La Cour constitutionnelle module aussi les effets de ses décisions dans le futur à travers des décisions d'inconstitutionnalité reconnue mais non déclarée. Il s'agit des décisions « *monito* », c'est-à-dire de mise en garde. Puisqu'il s'agit de décisions de rejet de la question préjudicielle, nous en parlerons brièvement *infra* 3).

<sup>34</sup> G. Zagrebelsky, « Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali », *Quaderni costituzionali*, 1989, p. 209.

se produisent alors non à partir de son entrée en vigueur, mais du moment où cette condition s'est vérifiée<sup>35</sup>.

Selon la doctrine, cette modulation des effets dans le temps est compatible avec les articles 136 de la Constitution et 30 de la loi n°87/1953 en ce que le système de garantie constitutionnelle impose l'élimination des normes inconstitutionnelles, sans exiger leur sacrifice dans la période précédente l'événement générant le conflit avec la Constitution<sup>36</sup>. Dans ce cas de figure, est préservé l'effet utile pour le procès *a quo* et pour les instances en cours relatives à des faits commis après l'événement générateur de l'inconstitutionnalité<sup>37</sup>.

## 2. Les arrêts d'inconstitutionnalité différée<sup>38</sup> : un effet utile nié

Lorsque la Cour considère que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi porte atteinte à d'autres valeurs constitutionnelles, elle s'est dotée du pouvoir de différer les effets de sa décision dans le temps afin de réduire ou éliminer cet impact négatif. La Cour indique alors la date à partir de laquelle la norme doit être considérée non conforme à la Constitution.

Dans ce cas de figure, la dérogation aux règles sur les effets des décisions de la Cour est très importante. Elle peut conduire en effet à appliquer la norme déclarée inconstitutionnelle dans le procès *a quo* et dans les instances en cours.

Un arrêt récent a relancé le débat doctrinal sur cette typologie de décisions. Il s'agit de l'arrêt n°10/2015 dans lequel, pour la première fois, la Cour a explicité les raisons, même théoriques, qui devraient justifier son pouvoir de modulation et la dérogation aux règles générale sur les effets de ses arrêts.

La Cour constitutionnelle affirme que « *son rôle de gardien de la Constitution impose d'éviter que la déclaration d'inconstitutionnalité détermine, de façon paradoxale, des effets encore plus incompatibles avec la Constitution de ceux qui ont induit à censurer la norme en question. Pour éviter que cela se produise, la Cour doit moduler ses décisions, même dans le temps, afin d'empêcher que l'affirmation d'un principe constitutionnel détermine le sacrifice d'un autre principe à valeur constitutionnelle* »<sup>39</sup>.

Cette typologie de décisions sacrifie ainsi la nature concrète du contrôle de constitutionnalité au bénéfice de sa nature abstraite, en privilégiant les conséquences positives de la décision sur le système dans sa globalité, plutôt que dans le procès *a quo* et dans les instances en cours. Cela ne manque pas de susciter de vives polémiques en doctrine et entre les juges de droit commun.

Le caractère incident du contrôle de constitutionnalité italien semble assurément exiger que l'effet utile, à tout le moins pour le procès *a quo*, soit préservé. Notamment, l'article 1<sup>er</sup> de

---

<sup>35</sup> Cour const. it., arrêts n°501/88 et 124/91.

<sup>36</sup> S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità », *cit.*, p. 25.

<sup>37</sup> E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 141; Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *cit.*, p. 702.

<sup>38</sup> G. Parodi, « Art. 136 », in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (dir. par), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2666.

<sup>39</sup> §7. En l'espèce, l'application rétroactive de la décision d'inconstitutionnalité aurait déterminé une violation grave de l'équilibre financier de l'État (art. 81 C), et une atteinte au principe de solidarité sociale (art. 3 C). V. §8.

la loi constitutionnelle n°1/1948, en faisant le choix du contrôle incident, établit que la réglementation inconstitutionnelle ne puisse pas être appliquée dans le procès *a quo*<sup>40</sup>.

Ainsi, les arrêts d'inconstitutionnalité différée méconnaissent le *ratio* même du système italien de contrôle de constitutionnalité<sup>41</sup>, tout en apparaissant aussi en conflit avec l'article 24 de la Constitution qui garantit le droit de tout citoyen d'agir en justice. En effet, ce droit est bafoué lorsqu'il est rendu difficile à une partie dans un procès de soulever une question de constitutionnalité ainsi que de bénéficier des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité<sup>42</sup>.

La grande majorité de la doctrine italienne considère en conclusion qu'étant donné le *vulnus* systémique que cette typologie de décisions induit, la rétroactivité des déclarations d'inconstitutionnalité, au moins en ce qui concerne le procès *a quo*, ne peut être mise en balance avec d'autres principes, même si dotés de valeur constitutionnelle<sup>43</sup>.

Les juges de droit commun ressentent également un malaise très fort à l'égard de ces décisions. En effet, en limitant la rétroactivité, la Cour constitutionnelle démentit sa propre jurisprudence qui, sur la base de l'article 30, 3<sup>e</sup> alinéa de la loi n°87/1953, prévoit que la détermination des effets des décisions d'inconstitutionnalité est un « *problema d'interpretation* » relevant des juges ordinaires<sup>44</sup>.

Les juges ordinaires se trouvent alors privés d'une prérogative importante, tout en étant, de surcroît, empêchés de protéger des situations juridiques subjectives, alors que la saisine de la Cour constitutionnelle poursuivait bien cet objectif. Un dilemme se pose : doivent-ils se conformer à l'arrêt d'inconstitutionnalité différée ou bien obéir à la réglementation constitutionnelle sur les effets des décisions de la Cour ? Par le passé, les juges ont déjà fait preuve de rébellion en réagissant à ces arrêts de deux façons : soit ils ont soulevé à nouveau la question préjudicielle d'inconstitutionnalité devant la Cour, soit ils ont écarté directement la norme déclarée inconstitutionnelle sur le fondement des articles 136 de la Constitution et 30, 3<sup>e</sup> alinéa de la loi n°87/1953<sup>45</sup>.

Faisant suite à l'arrêt d'inconstitutionnalité différée de 2015, l'un des juges *a quo* a fait aussi le choix de la désobéissance : il n'a pas appliqué la réglementation déclarée inconstitutionnelle, en considérant que la modulation des effets dans le temps n'était pas compatible avec la réglementation constitutionnelle sur les effets des décisions de la Cour<sup>46</sup>.

Ces actes de rébellion ne peuvent pas être sanctionnés par la Cour constitutionnelle. En effet, le pouvoir de modulation n'est pas prévu en droit et, dans les faits, lorsque le juge

---

<sup>40</sup> A. Pugiotto, « La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015 », *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 93.

<sup>41</sup> En ce sens, S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità », *cit.*, p. 26.

<sup>42</sup> En ce sens s'est prononcée la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°232/1989. En se référant au rapport entre le juge de droit commun national et la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE), le juge constitutionnel considère comme « contradictoire avec la nature d'un arrêt préjudiciel » l'hypothèse que cet arrêt ne puisse pas être appliqué dans le procès national qui l'a déclenchée.

<sup>43</sup> Parmi d'autres : A. Pugiotto, « La rimozione della pregiudizialità », *cit.*, p. 98.

<sup>44</sup> Cour const. it., arrêt n°49/1970. V. M. Cartabia, « La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2014, p. 45.

<sup>45</sup> M. E. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993, p. 111.

<sup>46</sup> *Commissione tributaria provinciale* de Reggio Emilia, arrêt du 12 mai 2015, n°217/3/15, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it)

constitutionnel limite *pro futuro* l'effet de ses décisions, il « *perd son contrôle sur les cas concrets* »<sup>47</sup>.

De toute évidence, une intervention législative en la matière serait souhaitable<sup>48</sup>, puisque l'exigence exprimée par la Cour de prendre en compte les conséquences globales de ses décisions sur le système constitutionnel est des plus sérieuses. Toutefois, la doctrine s'accorde à dire qu'une réglementation du pouvoir de modulation de la Cour devrait préserver l'application aux jugements *a quibus* de la déclaration d'inconstitutionnalité, peine la dénaturation du contrôle de constitutionnalité incident italien<sup>49</sup>.

### 3. L'ordonnance d'inconstitutionnalité à effet différé : la conciliation entre l'effet utile et la cohérence du système constitutionnel

En 2018, la Cour constitutionnelle italienne a élaboré une nouvelle typologie de décision capable de concilier l'effet utile, et donc la prise en compte du cas concret, avec des exigences autres, de système, et notamment celle de ne pas empiéter sur le rôle du législateur.

Par le passé, dans des hypothèses similaires, la Cour adoptait des décisions d'irrecevabilité de la question de constitutionnalité, tout en adressant un « *monito* », c'est-à-dire une « mise en garde » au législateur, pour l'alerter sur les profils d'inconstitutionnalité de la réglementation et l'inciter à intervenir rapidement<sup>50</sup>. Par ce biais, la Cour respectait les prérogatives du législateur sans s'y substituer, mais elle admettait en même temps que dans l'ordre juridique persiste pour un temps indéterminé une norme non conforme à la Constitution, au détriment de l'effet utile.

Or, ces arrêts *monito* ont très rarement conduit le législateur à sortir de son « *inertie endémique* »<sup>51</sup>, en conduisant à des situations très préjudiciables pour le respect des droits et des libertés<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> G. Zagrebelsky, « Il controllo da parte della Corte », *cit.*, p. 219 ; L. Sica, « Cosa è vivo e cosa è morto della sentenza n. 10 del 2015 a quasi due anni dalla sua pronuncia », *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, novembre 2016, p. 8.

<sup>48</sup> L'ex-président de la Cour constitutionnelle Franco Gallo l'affirmait in F. Gallo, « Le modèle italien de justice constitutionnelle italienne », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2014, n° 42.

<sup>49</sup> S. Catalano, « Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità », *cit.*, p. 32.

<sup>50</sup> Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 453.

<sup>51</sup> M. Fatin-Rouge Stefanini et K. Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles », *cit.*, p. 328.

<sup>52</sup> Par exemple, en 2010, en matière de reconnaissance des unions entre personnes de même sexe, la Cour avait incité le législateur à intervenir (arrêt n°138/2010), mais il a fallu attendre 2016 pour que la loi sur les unions civiles soit adoptée.

Saisie en 2018 d'une affaire très médiatisée relative à une question d'assistance au suicide d'un malade<sup>53</sup>, la Cour élabore une nouvelle stratégie « *en raison de l'importance des valeurs constitutionnelles impliquées* »<sup>54</sup>.

Tout d'abord, elle adopte une « ordonnance d'inconstitutionnalité ». Il s'agit là d'une première puisque, normalement, la Cour italienne pour statuer dispose de deux instruments : l'arrêt, pour adopter des décisions définitives d'inconstitutionnalité ; l'ordonnance, lorsque la question est jugée irrecevable ou rejetée car dépourvue de fondement. Dans ce cas, la Cour utilise l'ordonnance pour constater, dans les motifs, la non-conformité à la Constitution de l'interdiction absolue de l'aide au suicide (article 580 code pénal italien), et cela à la suite d'un raisonnement, en faits et en droit, très approfondi, qui dans la forme et dans le fond rapproche cette ordonnance à un arrêt<sup>55</sup>. Les effets, toutefois, ne sont pas les mêmes. Il ne s'agit pas d'une décision définitive, mais d'une décision provisoire, dans l'attente que la Cour statue de manière définitive lors d'une nouvelle audience, à une date déterminée. En effet, par l'ordonnance du 24 octobre 2018, la Cour a renvoyé le jugement à une audience fixée le 24 septembre 2019, en prévoyant qu'à cette occasion « *pourra être évaluée une nouvelle législation en la matière, adoptée en conformité aux exigences de protection signalées par la Cour* »<sup>56</sup>.

Ainsi, par rapport aux arrêts d'inconstitutionnalité différés, les effets sont atypiques. Dans le premier cas, il s'agit de décisions d'inconstitutionnalité qui produisent des effets certains et non rétroactifs. Dans le cas des ordonnances d'inconstitutionnalité différée, les effets sont provisoires et suspensifs, car ils doivent être confirmés dans une audience successive<sup>57</sup>. En d'autres termes, du point de vue du procès *a quo*, le jugement est suspendu jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle rende sa décision définitive. En ce qui concerne d'autres instances en cours ou à venir, le juge constitutionnel invite les juges de droit commun à apprécier les questions de constitutionnalité analogues à la lumière de l'ordonnance, afin d'éviter l'application *in parte qua*.

L'ordonnance produit alors un effet utile provisoire : puisque les procès sont suspendus, l'application de la norme inconstitutionnelle est également suspendue pendant un an dans le procès *a quo* et dans tous les procès en cours. Est ainsi évité le paradoxe – propre aux arrêts *monito* et aux arrêts d'inconstitutionnalité différée — consistant à appliquer pendant un certain temps une norme considérée ou déclarée inconstitutionnelle.

Sous le profil institutionnel, l'ordonnance à effet différé permet au Parlement de promouvoir toute réflexion et initiative sur le thème de l'euthanasie « *dans un esprit de*

---

<sup>53</sup> La médiatisation de l'affaire est due, d'une part, à la problématique de l'euthanasie elle-même, qui soulève toujours des questions de société hautement sensibles ; d'autre part, l'accusé dans le jugement *a quo*, Marco Cappato, est un politicien et activiste, militant dans une association qui prône la légalisation de l'euthanasie. M. Cappato a aidé un ex-DJ – très connu également – à mettre fin à ses jours dans une clinique en Suisse. Ensuite, il s'est auto-dénoncé à la police italienne, en qualifiant son choix d'« acte de désobéissance civile ». L'affaire judiciaire a donc en quelque sorte été provoquée afin de solliciter une intervention judiciaire et éventuellement législative sur le sujet.

<sup>54</sup> Cour const. it., ord. 24 octobre 2018, n°207, §11.

<sup>55</sup> A. Lecis Cocco Ortu, « *Questa legge s'ha da fare*: la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », *Constitutions*, janv.-mars 2019, p. 4.

<sup>56</sup> §11.

<sup>57</sup> V. M. Bignami, « Il caso Cappato alla Corte costituzionale : un'ordinanza ad inconstituzionalità differita », [http://questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-inconstituzionalita-differita\\_19-11-2018.php](http://questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-inconstituzionalita-differita_19-11-2018.php)

*collaboration institutionnelle respectueuse des compétences de chacun* », tout en évitant des lacunes dans la protection de valeurs de rang constitutionnel<sup>58</sup>. En adoptant cette technique – qui tire, en partie, son inspiration de deux précédents étrangers<sup>59</sup> — la Cour italienne semble enfin réussir dans le pari de concilier les deux dimensions du contrôle de constitutionnalité italien, la concrète et l’abstraite.

Demeure toutefois une variable importante : *quid* si le législateur n’intervient pas en la matière avant la nouvelle audience de la Cour fixée en septembre 2019 ? La motivation de l’inconstitutionnalité de la norme contenue dans l’ordonnance est tellement approfondie qu’il paraîtrait fort difficile que la Cour se soustrait à son rôle de garant de la Constitution<sup>60</sup>. Il est probable alors que, face à l’inertie volontaire du législateur, le juge constitutionnel prononce une décision « additive », qui déclare la disposition inconstitutionnelle en ce qu’elle ne prévoit pas la légalité de l’assistance au suicide dans les circonstances indiquées dans la motivation. Cela équivaldrait à instituer un régime minimum et transitoire, immédiatement applicable, dans l’attente que les droits civils deviennent une priorité pour le législateur. L’ordonnance, en effet, indique déjà les modalités et les fondements logiques et juridiques sur la base desquels les juges devraient exercer leurs choix<sup>61</sup>. La Cour pourrait alors les reprendre en les spécifiant. C’est donc la décision prise à l’issue de cette deuxième audience qui produira des effets définitifs et fort probablement rétroactifs, afin d’assurer la protection la plus intense aux droits individuels.

En conclusion, cette typologie de décision concilie les exigences individuelles et celles de système, à la condition que le législateur collabore. Dans le cas contraire, c’est l’effet utile qui prime, et la Cour constitutionnelle accepte d’envahir en partie le domaine du Parlement par une jurisprudence créative, qui pallie les lacunes provoquées par un législateur inerte.

---

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Cour suprême du Canada, arrêt *Carter c. Canada*, 6 février 2015 et Cour suprême du Royaume Uni, arrêt *Nicklinson et al.*, 25 juin 2014.

<sup>60</sup> C. Cupelli, « Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte », 3 décembre 2018, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6357-il-caso-cappato-l-incostituzionalita-differita-e-la-dignita-nell-autodeterminazione-alla-morte>.

<sup>61</sup> §8 et §10. S. Prisco, « Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare », *BioLawJournal*, n° 3/2018, p. 168.