

**MAILLAFET Céline**

**Doctorante en droit public à la Faculté de droit de Toulon, CDPC-JCE**

**ATER à la Faculté de droit de Toulon**

**VIIIe Congrès de l'AFDC-Nancy**

**Atelier n°4 : Droit constitutionnel et droit comparé**

## **L'INFLUENCE DU DROIT COMPARÉ SUR LA SAISINE DU JUGE**

### **CONSTITUTIONNEL**

#### **SUR UNE PRATIQUE ITALIENNE ORIGINALE...**

### **INTRODUCTION :**

« Comparer » ne se résume ni à l'imitation d'une institution étrangère ni à une simple méthode de recherche juridique<sup>1</sup>. Le droit comparé est, avant tout, une opération intellectuelle de confrontation<sup>2</sup> entre des systèmes juridiques différents ou des institutions de ces ordres juridiques. Il a initialement permis de proposer des classifications<sup>3</sup> en recherchant et en mettant à jour les similitudes et différences existantes. Aujourd'hui, il alimente toujours la connaissance<sup>4</sup>, mais, principalement, à

---

<sup>1</sup> B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé, bilan et perspective », *R.I.D.C.*, 1-2005, pp. 29-48.

<sup>2</sup> Le droit comparé est si spécifique, de par l'opération de confrontation qu'il suppose, que l'on refuse toute analogie avec le droit étranger. Il est possible de considérer qu'une étude essentiellement axée sur la présentation d'un système juridique étranger, ou d'un élément de celui-ci, ne réalise pas une comparaison juridique à proprement parler, c'est-à-dire une présentation analysée des différences et similitudes de ce pays par rapport à un autre. Il est alors regretté la confusion entre les termes « étranger » et « comparé ». Toutefois, la connaissance du droit étranger est considérée comme une étape préalable à la comparaison. Cette opposition peut encore être nuancée. En effet, une étude de droit étranger se fera selon le prisme du droit national dans lequel a été formé le comparatiste. Il procédera donc nécessairement à une confrontation avec sa vision prédéfinie avant de réaliser une traduction des éléments étrangers en des termes compréhensibles au cadre national d'origine. Le terme « étranger » ou la nationalité de la référence en question seront donc employés de manière synonymique au même titre que le « droit comparé » dans cette étude.

<sup>3</sup> Cette première fonction du droit comparé a été particulièrement exploitée par René DAVID lorsqu'il différencie les systèmes de droit. Voir R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis, Dalloz, Paris, 2002, 11<sup>e</sup> éd., 553 p.

<sup>4</sup> Comme le préconise Rodolfo SACCO. Voir en ce sens, R. SACCO, *La comparaison au service de la connaissance et du droit*, Economica, Paris, 1991, 175 p.

des fins critiques ou dans un but d'amélioration des systèmes nationaux<sup>5</sup>. Il est, à ce titre, un des vecteurs principaux de la circulation du droit constitutionnel.

Il a joué un rôle considérable en matière de justice constitutionnelle. En effet, dès sa création, la justice constitutionnelle a été imprégnée de droit comparé. Cette influence revêt un aspect particulier en matière de saisine du juge constitutionnel. Le droit comparé peut, tout d'abord, être considéré comme source d'inspiration des réformes intervenues dans ce domaine. La mise en place de la question préjudicielle en Italie<sup>6</sup> est issue d'une profonde réflexion entre le modèle kelsénien et le modèle américain. L'*amparo* espagnol a ses origines dans les procédures mexicaine et allemande<sup>7</sup>. En Amérique latine, les modalités de saisine sont qualifiées d'hybrides<sup>8</sup>. Les filtres de la question prioritaire de constitutionnalité française ont été pensés à partir d'une analyse des procédures allemande et belge<sup>9</sup>.

Les expériences étrangères ne font pas qu'influencer les réformes de la justice constitutionnelle, elles contribuent également à en améliorer la pratique. Le droit comparé constitue un facteur de valorisation de l'accessibilité au juge constitutionnel. Certains ont pu redouter une marginalisation de la saisine du Conseil constitutionnel par question prioritaire de constitutionnalité. Ils craignaient une concurrence avec le contrôle de conventionnalité<sup>10</sup>. Fanny Jacquelot<sup>11</sup> propose de s'inspirer de la pratique de la Cour constitutionnelle italienne<sup>12</sup>. La *Consulta* a, en effet, surmonté cette difficulté. Elle s'est arrogé le contrôle de conventionnalité afin de ne pas voir la réduction de ses saisines.

---

<sup>5</sup> Cette vision du droit comparé de manière utilitariste participe de la reconnaissance du droit comparé en tant que véritable science. On a pu lui reconnaître une fonction d'interprétation : voir en ce sens, O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2-2001, pp. 275-287. On distingue aussi une fonction justificative : voir à ce sujet, B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? in Mélanges Xavier BLANC-JOUVAN, *De tous horizons*, Société de Législation comparée, 2005, Paris, pp. 69-90 ; M.-C. PONTHEOREAU, « Le droit comparé en question(s), entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.*, 1-2005, pp. 7-27.

<sup>6</sup> Pour un résumé des débats de l'Assemblée constituante à ce sujet voir notamment P. PASQUINO, « L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. Les débats de l'Assemblée constituante (1946-47) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999, pp. 54-58.

<sup>7</sup> Voir C. RUIZ MIGUEL, « L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, pp. 90-98.

<sup>8</sup> Voir à ce sujet entre autres F. FERNANDEZ SEGADO, « Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibéro-américaine », *A.I.J.C.*, Economica, P.U.A.M., 2003, pp. 29-41 ; mais aussi A. LE QUINIO, « La réforme du système de justice constitutionnel chilien », *A.I.J.C.*, 2005, pp. 57-74.

<sup>9</sup> Voir à ce sujet le rapport du Sénat sur « Les recours devant le juge constitutionnel », Étude de législation comparée n°208 en date de septembre 2010.

<sup>10</sup> Cette crainte découle de la concurrence entre la question prioritaire de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité en termes de temps de traitement de la question. L'examen de la question prioritaire de constitutionnalité est plus long compte tenu de la procédure de renvoi et des filtres alors que le contrôle de conventionnalité est exercé directement par le juge ordinaire.

<sup>11</sup> F. JACQUELOT, Contribution à la « Chronique Italie », *A.I.J.C.*, 2007, p. 829. Sur les conditions d'exercice de ce contrôle de conventionnalité, voir du même auteur, Contribution à la « Chronique Italie », *A.I.J.C.*, 2008, pp. 698-701.

<sup>12</sup> Il s'agirait alors pour le Conseil constitutionnel d'accepter de contrôler la conventionnalité des lois et ainsi de revenir sur la célèbre décision IVG de 1975.

L'influence du droit comparé a été renouvelée. Celui-ci intervient au niveau jurisprudentiel. « L'argument de droit comparé »<sup>13</sup> est utilisé au cœur des décisions constitutionnelles. Initiée dans les systèmes de *common law*<sup>14</sup>, cette technique a récemment été adoptée par plusieurs Cours constitutionnelles européennes<sup>15</sup>.

Une pratique moins connue se développe : le droit comparé est utilisé en matière de saisine du juge constitutionnel. Cette technique a pu être décelée en Espagne et en Italie. Toutefois, le recours d'*amparo* présente des conditions de recevabilité particulières qui en rendent l'appréhension difficile<sup>16</sup>. Afin de présenter au mieux cette nouvelle technique, le parti a été pris de se concentrer sur l'exemple italien. Le système italien de justice constitutionnelle est particulièrement représentatif de l'utilisation du droit comparé dans la saisine du juge constitutionnel. Dans la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 206 du 21 juin 1996<sup>17</sup>, c'est le juge constitutionnel lui-même qui justifie le caractère fondé de la question préjudicielle en utilisant les éléments de droit comparé pour admettre une nouvelle confrontation de la loi à la Constitution : « *La question est fondée. Depuis la décision n° 131 de 1979; cette Cour a en effet été amenée à constater, sur la base des expériences de droit comparé, la tendance générale à une adaptation des peines pécuniaires et des modalités de paiement aux conditions économiques du condamné (...)* ». La Cour constitutionnelle ne démontre donc aucune hostilité envers l'utilisation du droit comparé dans la saisine. Plus étonnante, encore, est l'utilisation du droit comparé par la juridiction de renvoi qui saisit la *Consulta*. Il est vrai que le juge constitutionnel n'est pas le seul acteur du procès constitutionnel<sup>18</sup>.

Le rôle de l'auteur de la saisine est, en effet, à souligner puisqu'il doit justifier son recours<sup>19</sup>. Le juge constitutionnel vérifiera ensuite que les diverses conditions

---

<sup>13</sup> Selon l'expression de M.-C. PONTTHOREAU. Voir à ce sujet M.-C. PONTTHOREAU, « Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, Paris, pp. 167-184 ; « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009, p. 537-560.

<sup>14</sup> Voir pour une analyse de cette pratique aux Etats-Unis d'Amérique, M. ROSENFELD « Le constitutionnalisme comparé en mouvement : d'une controverse américaine sur les références jurisprudentielles au droit étranger », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, P.U.F., Paris, 2009, pp. 561-595. Pour une approche de cette technique en Afrique du Sud, voir X. PHILIPPE, « Entretien avec la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, 2001, p. 59.

<sup>15</sup> Pour une approche d'ensemble de l'utilisation en Europe, voir F. JACQUELOT « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *L.P.A.*, n°12, 16 janvier 2006, pp. 8-14.

<sup>16</sup> La recevabilité de l'*amparo* est subordonnée à la preuve de la violation d'un droit. Or, dans ces décisions, le requérant demandait la reconnaissance d'un droit. On le voit bien l'influence du droit comparé dépasse le cadre de la saisine puisqu'il concerne directement le pouvoir d'interprétation voire le pouvoir normatif du juge constitutionnel. Voir par exemple, les sentences 12/2008 du 29 janvier 2008 et 29/2004 du 4 mars 2004.

<sup>17</sup> C. Cost., 14-21 giugno 1996, n° 206, *Giur. Cost.*, 1996, p. 1835.

<sup>18</sup> Voir en ce sens T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 436 p.

<sup>19</sup> Celle-ci doit répondre à des conditions particulières sur lesquelles notre propos va s'attarder plus amplement dans les lignes qui suivent.

posées par les textes à la recevabilité sont remplies avant d'examiner au fond les questions de constitutionnalité. Dans certaines décisions de la Cour constitutionnelle italienne, les arguments des auteurs de la saisine sont repris. Or, ces argumentations contiennent des analyses comparatives. Leur mention dans les décisions témoigne de leur prise en compte. On trouve ainsi dans le cadre de la recevabilité de vraies références aux systèmes étrangers et des comparaisons juridiques.

Il s'agit alors de mesurer l'influence du droit comparé sur la recevabilité de la question de constitutionnalité italienne.

Le juge *a quo*, qui déclenche la saisine, recherche une certaine influence du droit comparé. Il utilise alors de manière ciblée le droit comparé dans la saisine (I.). La Cour constitutionnelle examine ensuite la demande du juge *a quo*. Elle fait preuve d'une plus grande réserve ce qui témoigne d'une influence limitée du droit comparé sur la saisine (II.).

## **I. L'UTILISATION CIBLÉE DU DROIT COMPARÉ DANS LA SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL**

L'utilisation du droit comparé dans la saisine n'apparaît pas, à première vue, d'une originalité fulgurante. Le droit comparé est souvent utilisé dans les lettres de saisine des parlementaires français dans le cadre du contrôle *a priori*. Toutefois, à bien y regarder, l'utilisation d'un élément de droit étranger dans le cadre du contrôle *a posteriori* témoigne d'une réelle singularité. Le droit comparé répond à une nécessité particulière dans la saisine *a posteriori* du juge constitutionnel. Celle-ci n'est pas une simple transmission comme en matière de contrôle *a priori*. La question préjudicielle italienne suppose une motivation. Le droit comparé peut alors participer à la justification de la saisine (A.) et plus particulièrement à la satisfaction des conditions de recevabilité (B.).

## A. LE RECOURS AU DROIT COMPARÉ DANS LA JUSTIFICATION DE LA SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Le juge *a quo*, qui renvoie la question de constitutionnalité, a recours au droit comparé dans un objectif de motivation. Le droit comparé apparaît comme une alternative intéressante, une solution innovante dans la justification de la saisine. Le droit comparé tel qu'il est utilisé dans la requête de saisine ressemble à l'argument de droit comparé traditionnel utilisé par les juges constitutionnels au sein de leurs décisions. Il reprend ainsi les différentes vocations qui ont pu lui être attribuées par la doctrine à savoir un véritable argument ou une simple illustration à l'appui d'un autre argument<sup>20</sup>.

Il existe plusieurs manifestations de l'utilisation du droit comparé dans la saisine<sup>21</sup>. Certains juges de renvoi procèdent à des références manifestes et précises au droit comparé dans la saisine. L'ordonnance de renvoi du juge de Crémone<sup>22</sup> est un exemple révélateur de l'utilisation de l'argument de droit comparé dans la saisine. Le juge consacrait de longs développements à la situation suisse et poursuivait ainsi : « *Nous omettrons d'autres citations de droit comparé, mais non sans souligner que d'autres pays, (...), comme, parmi les pays européens, la Norvège, le Danemark, la Pologne, la Yougoslavie, et d'autres Etats hors-Europe, la Chine, l'Equateur, la Colombie et l'Uruguay, ont introduit de considérables limitations à la stricte application des obligations contenues dans les lois pénales* ». Dans la décision n° 400<sup>23</sup> du 20 décembre 1996, la *Consulta* rappelle que le juge de renvoi « s'étend<sup>24</sup> (...) sur les aspects de droit comparé relatifs à l'audience préliminaire (...), dans le but de mettre en évidence l'utilité de la procédure et les bénéfices qui résulteraient de son extension aux procès en cours ». Les juges de renvoi justifient ici avec précision, grâce au droit comparé, le doute qui les saisit quant à la constitutionnalité de la norme contestée.

---

<sup>20</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009, p. 537-560 ; V. VIGORITI, « L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica », in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 13-23.

<sup>21</sup> Il n'a été possible que de recenser quelques exemples. La recherche d'un élément de droit comparé relève d'une vraie enquête. Le site internet de la Cour constitutionnelle a été l'instrument privilégié de notre recherche. La tâche s'est révélée quelque fois facile lorsque l'expression « droit comparé » est utilisé. Il est plus fréquent de recourir à la désignation de l'élément ou du système étranger auquel il est fait référence. Enfin, la recherche peut être faussée. Les juges de renvoi ou le juge constitutionnel peuvent ne pas reprendre ou cacher les éléments de droit comparé. Or, en tant qu'ils « filtrent » l'exercice du contrôle de constitutionnalité, les juges de renvoi filtrent également l'élément de droit comparé.

<sup>22</sup> Ord. Pretura di Cremona, 22 giugno 1973, G.U. n° 205, 1973; *Giur. Cost.*, 1973, p. 2091.

<sup>23</sup> C. Cost., 11-20 dicembre 1996, n° 400, *Giur. Cost.*, 1996, TIII, p. 3658.

<sup>24</sup> Souligné par nous.

Parfois, l'auteur de la saisine n'utilise pas explicitement le droit comparé. La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 188 du 22 décembre 1980<sup>25</sup> est un exemple significatif. Le juge *a quo* manifestait un doute fondé sur la contrariété avec la Convention européenne des droits de l'homme et renvoyait à la *Consulta*. La Convention européenne des droits de l'homme est une « norme interposée » et constitue un paramètre du contrôle de constitutionnalité<sup>26</sup>. En s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme, le juge de renvoi visait en réalité une application du texte dans un sens déterminé. Or, cette application était déjà admise par certains Etats signataires. De la sorte, l'auteur de la saisine invitait le juge constitutionnel à utiliser le droit comparé pour apprécier la recevabilité de la saisine<sup>27</sup>. Il n'est donc pas expressément fait référence au droit comparé dans le cadre de cette saisine. Toutefois, la nécessité de vérifier les éléments de droit étranger<sup>28</sup> et de procéder à une comparaison juridique est sous-entendue<sup>29</sup>.

L'utilité du droit comparé varie dans l'argumentation du juge de renvoi. Celui-ci est d'un recours pragmatique. Il n'y a pas de références prédéterminées à certains systèmes. Il est utilisé pour des sujets controversés comme en matière pénale<sup>30</sup> ou en matière de mariage homosexuel<sup>31</sup>. Il introduit une dose de concret supplémentaire dans l'appréciation de la pertinence de la question. L'argument de droit comparé relève à ce titre d'une réelle stratégie de conviction. En effet, si la solution est adoptée ailleurs pourquoi ne pas la retenir au sein de son propre ordonnancement juridique<sup>32</sup> ?

---

<sup>25</sup> C. Cost., 16-22 décembre 1980, n° 188, *Giur. Cost.*, 1980, Parte Prima, p. 1613

<sup>26</sup> Selon C. LAVAGNA, cette catégorie de normes concourt à l'exercice du contrôle de constitutionnalité en tant que paramètre intermédiaire du contrôle de constitutionnalité. Depuis la réforme du Titre V de la Constitution opérée par la loi constitutionnelle n°3 du 18 octobre 2001, a été introduit à l'article 117 de la Constitution un premier alinéa qui dispose que « le pouvoir législatif est exercé par l'Etat et les régions dans le respect de la Constitution ainsi que des contraintes découlant de l'ordre juridique communautaire et des obligations internationales ». Pour une approche générale des normes interposées, voir notamment C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Milano, 1984 ; mais aussi, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, GIAPPICHELLI, Torino, pp. 70-71 et 75-78.

<sup>27</sup> Cette théorie trouve sa confirmation dans le fait que l'invitation du juge *a quo* a été suivie par le juge constitutionnel qui a procédé à une analyse des expériences étrangères : « D'un examen de droit comparé, il résulte que le droit d'assurer sa propre défense est bien reçu dans les différents systèmes juridiques pénaux de l'Europe occidentale, signataires de la Convention, quand bien même, il y aurait des marges plus ou moins larges ». La Cour annote également ce considérant d'un bref renvoi aux systèmes anglais, allemand, français et suisse.

<sup>28</sup> Cela se trouve confirmé par le fait que la Convention européenne des droits de l'homme a élaboré des standards et s'est fondé sur des traditions européennes. Lorsque l'on invoque cette source et que celle-ci suppose une interprétation, cela conduit inévitablement à examiner le droit comparé.

<sup>29</sup> Il pourrait être supposé que le juge de renvoi a caché le recours au droit comparé par un fondement de droit international. En utilisant la Convention européenne des droits de l'homme, le juge de renvoi a invité le juge constitutionnel à « regarder » le droit comparé. Par ce subterfuge, l'utilisation du droit comparé est légitimée.

<sup>30</sup> Voir C. Cost., 20-25 marzo 1975, n° 74, *Giur. Cost.*, 1975, p. 771; et C. Cost., 14-21 giugno 1996, n° 206, *Giur. Cost.*, 1996, p. 1835.

<sup>31</sup> Voir C. Cost., 15 aprile 2010, n° 138, *Giur. Cost.*, 2010, p. 1625.

<sup>32</sup> Pour certains auteurs, la plupart des politiques constitutionnelles et leur résolution sont essentiellement les mêmes. Cette théorie a été avancée aux Etats-Unis afin de justifier le recours au droit comparé par le juge constitutionnel. Voir en ce sens, M. ROSENFELD, « Le constitutionnalisme comparé en

Mauro RUBINO-SAMMARTANO envisageait l'importance de l'utilisation du droit comparé : « *Le rôle que les exemples extérieurs peuvent avoir envers le juge national, est encore d'un intérêt majeur car ils peuvent être chargés de mettre en doute la constitutionnalité d'une norme, trouvant dans ces cas, une confirmation de la conclusion que la question n'est pas manifestement infondée* »<sup>33</sup>.

Il faut souligner le fait que les références de droit comparé ont commencé à ponctuer les requêtes des juges *a quibus* à partir des années 70. A cette époque, la Cour constitutionnelle a alourdi la tâche du juge de renvoi. Il ne doit plus se contenter de douter de la constitutionnalité de la norme mais doit en être convaincu. Pour se faire, il lui suffit de justifier des conditions de recevabilité de la saisine. Le droit comparé peut alors contribuer à la satisfaction des ces conditions.

## **B. LA CONTRIBUTION DU DROIT COMPARÉ À LA SATISFACTION DES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DE LA SAISINE DU JUGE CONSTITUTIONNEL**

Le droit comparé prétend participer à la satisfaction des conditions de recevabilité de la question de constitutionnalité italienne. Le juge de renvoi doit, en effet, justifier de la réunion de deux conditions : la « *rilevanza* » et la « *non manifesta infondatezza* ». La condition de « *rilevanza* » correspond au caractère pertinent de la question pour l'issue du litige et la condition du caractère non manifestement infondé permet au juge de démontrer en quoi il doute de la constitutionnalité de la loi.

Les hypothèses d'utilisation du droit comparé recensées tendent, pour la plupart, à satisfaire la condition du caractère non-manifestement infondé des questions de constitutionnalité. Le juge constitutionnel italien fournit un exemple dans la décision n° 206 du 21 juin 1996<sup>34</sup> en utilisant lui-même les éléments de droit comparé : « *La question est fondée. Depuis la décision n° 131 de 1979, cette Cour a, en effet, été amenée à constater, sur la base des expériences de droit comparé, la tendance générale à une adaptation des peines pécuniaires et des modalités de paiement aux conditions économiques du condamné (...)* ». Dans les autres décisions, ce sont les juges *a quibus* qui citent des référence de droit comparé. Ainsi, dans la décision n° 74 du 20 mars 1975<sup>35</sup>, la Cour constitutionnelle précise que: « *le juge de renvoi a ensuite rappelé les*

---

mouvement : d'une controverse américaine sur les références jurisprudentielles au droit étranger, in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolution*, P.U.F., 2009, p. 567.

<sup>33</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, « *Comparazione giuridica –Possibile fonte di « jus praetorium » e di rimessione alla Corte costituzionale per non manifesta infondata* », in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 86.

<sup>34</sup> C. Cost., 14-21 giugno 1996, n° 206, *Giur. Cost.*, 1996, p. 1835.

<sup>35</sup> C. Cost., 20-25 marzo 1975, n° 74, *Giur. Cost.*, 1975, p. 771.

*nombreuses critiques de la doctrine à l'encontre des dispositions contestées, la solution différente proposée à ce problème par le projet Ferri et par certaines législations étrangères et a retenu comme non manifestement infondée l'opposition entre l'article 5 du Code pénal, (...), avec l'article 2 de la Constitution (...) ».* Il tend donc à justifier « l'intérêt » de la question. Dans la décision de la Cour constitutionnelle du 19 juin 1974 n° 184<sup>36</sup>, le droit comparé répondait au même objectif mais à des fins différentes. Le Président du Conseil des ministres utilisait les références de droit comparé afin de réfuter le caractère non manifestement infondé et tentait ainsi de faire rejeter la saisine : « *avec ses conclusions (...), dans lesquelles sont amplement rappelés des précédents historiques de l'institution, des données offertes par le droit comparé et d'autres hypothèses d'appréciation de la valeur attribuée à la Cour de cassation, il soutient la thèse du caractère infondé de la question* ». On le voit bien, le droit comparé contribue tantôt à affirmer le caractère déterminant des questions renvoyées par les juges *a quibus* tantôt à le nier.

Dans les autres décisions, le recours au droit comparé vise à satisfaire la condition du caractère pertinent de la question pour l'issue du litige. Dans la décision n° 400 du 20 décembre 1996<sup>37</sup>, il est rappelé que le juge de renvoi a développé « *les aspects de droit comparé relatifs à l'audience préliminaire (...) dans le but de mettre en évidence l'utilité de la procédure et les bénéfiques qui résulteraient de son application aux procès en cours* ». Il justifiait ici l'importance de la question de constitutionnalité puisqu'elle concerne directement la procédure à appliquer au litige. Le droit comparé peut enfin jouer un rôle lorsqu'il y a doute au moment où il s'agit d'appliquer une disposition à la résolution du litige, dans la mesure où, le juge de renvoi n'est pas certain de l'interprétation à retenir de cette norme. Pour manifester le caractère *rilevante*, il propose une interprétation en un sens déterminé. Or, cette interprétation est parfois déjà connue dans les expériences étrangères. Il en allait ainsi en matière d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme dans la décision n° 188 de 1980<sup>38</sup>. Il en va de même dans la décision n° 138 du 15 avril 2010<sup>39</sup> portant sur la question controversée du mariage homosexuel. Les juges de renvoi manifestaient des doutes quant à la constitutionnalité des dispositions législatives qui n'autorisaient pas le mariage homosexuel. Des analyses comparatives étaient proposées à l'appui de nombreux arguments. Ainsi, la Cour précise que « *le juge de renvoi relève que, dans les divers autres ordres juridiques, de civilisation juridique proche de celle de l'Italie, a été adoptée une notion particulière des relations familiales afin d'y inclure les couples homosexuels. En effet, dans quelques pays (Hollande, Belgique, Espagne), l'interdiction de se marier avec une personne du même sexe a été dépassée, tandis que d'autres pays prévoient des institutions réservées aux unions homosexuelles avec une réglementation*

---

<sup>36</sup> C. Cost., 12-19 giugno 1974, n° 184, *Giur. Cost.*, 1974, p. 1629.

<sup>37</sup> C. Cost., 11-20 dicembre 1996, n° 400, *Giur. Cost.*, 1996, TIII, p. 3658.

<sup>38</sup> Voir supra p. 4 et 5.

<sup>39</sup> C. Cost., 15 aprile 2010, n° 138, *Giur. Cost.*, 2010, p. 1605.



*proche de celle du mariage, contenant parfois l'exclusion de dispositions relatives à l'adoption ou à l'autorité parentale. Parmi les autres pays qui n'ont pas encore introduit le mariage ou une forme de reconnaissance para-matrimoniale, nombreux sont ceux qui ont prévu des formes de déclaration publique de la famille de fait, intégrant ainsi les unions homosexuelles. Sur la base de ces considérations, le Tribunal de Venise parvient à la conviction du caractère non manifestement infondé<sup>40</sup> de la question de constitutionnalité soulevée, qu'il juge en outre déterminante<sup>41</sup> parce que l'application des normes critiquées ne peut être écartée dans le cheminement du raisonnement juridique conduisant à la résolution du litige pendant devant lui ». Ce considérant est particulièrement représentatif de l'influence du droit comparé puisqu'il participe ici à la satisfaction des deux conditions de recevabilité de la saisine.*

On le voit bien le doute quant à la constitutionnalité de la loi, le caractère non-manifestement infondé et le caractère pertinent quant à l'issue du litige supposent une justification. D'après ces différents exemples, il semble que le droit comparé participe à ce processus de justification et revête dès lors un réel poids argumentatif pour les juges *a quibus*. Cela dépasse-t-il le cadre de l'ordonnance de renvoi ?

## **II. L'INFLUENCE LIMITÉE DU DROIT COMPARÉ DANS L'EXAMEN DES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL**

La Cour constitutionnelle vérifie avant l'examen au fond si les conditions de recevabilité sont satisfaites. Ainsi, le juge constitutionnel examine l'argumentation proposée par le juge de renvoi. Le droit comparé utilisé dans le cadre de la requête de saisine est alors apprécié par la *Consulta*. Cette dernière pourrait refuser de prendre en considération ces arguments de droit comparé. Ce n'est pas le cas, elle reçoit tous les arguments sans aucune distinction. Elle attribue également une valeur argumentative au droit comparé dans la recevabilité de la saisine (A.). Toutefois, on doute de l'influence réelle du droit comparé dans la saisine du juge constitutionnel. Le droit comparé n'est pas l'argument décisif. Il n'a qu'une utilité complémentaire (B.).

---

<sup>40</sup> Souligné par nous.

<sup>41</sup> Souligné par nous.

**A. LA RECEPTION DE L'ARGUMENT DE DROIT COMPARÉ DANS L'APPRÉCIATION DES CONDITIONS DE RÉCEVABILITÉ DE LA SAISINE PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL**

La Cour constitutionnelle est particulièrement sensible aux éléments extérieurs dans la mesure où elle admet déjà le droit vivant<sup>42</sup> et prend en compte les faits<sup>43</sup>. De plus, on sait que la Cour constitutionnelle n'est pas hostile à l'égard du droit comparé. Il apparaissait donc logique qu'elle reçoive et apprécie les arguments de droit comparé. Cependant, elle pouvait se contenter de le faire de manière implicite.

La mention des arguments de droit comparé développés par les juges de renvoi témoigne de leur prise en compte par le juge constitutionnel dans la vérification de la satisfaction des conditions relatives à sa saisine. Cette mention dans la décision constitutionnelle de la référence de droit comparé suffit à elle seule à souligner un certain poids du droit comparé dans le cadre de la recevabilité. Dans la décision n° 138 de 2010, la Cour constitutionnelle reprend l'ensemble des arguments de droit comparé développés par les juges *a quibus*. Ceux-ci doutaient de la constitutionnalité de la loi sur le mariage, qui n'englobe pas l'union entre les personnes de même sexe. Pour justifier leur point de vue, ils faisaient référence à de nombreux pays dans lesquels l'union des homosexuels est admise<sup>44</sup>. La Cour souligne, comme l'avait fait les juges *a quibus*, la situation particulière de ces différents pays. La *Consulta* reprend donc exactement les arguments des juges de renvoi. Le fait de reprendre ces références précises laisse envisager une réelle importance du droit comparé dans la satisfaction des conditions de recevabilité de la saisine. Cette hypothèse reste exceptionnelle car la qualité de la majorité des références de droit comparé dans les décisions en relativise l'impact. En effet, seules des références générales subsistent dans les décisions : on trouve les expressions « des aspects de droit comparé »<sup>45</sup>, « d'autres législations étrangères »<sup>46</sup> ou encore « des données offertes par le droit comparé »<sup>47</sup>. La Cour précise, dans la décision n° 74 du 20 mars 1975<sup>48</sup> que le « *le juge de renvoi a (...) rappelé la solution différente proposée à ce problème (...) par certaines législations étrangères, et a retenu comme non manifestement infondée l'opposition entre l'article 5 du Code Pénal, (...), et*

---

<sup>42</sup> C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica P.U.A.M., Paris, 2003, 282 p.

<sup>43</sup> J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica P.U.A.M., Paris, 2001, 442 p.

<sup>44</sup> A savoir les Pays-Bas, la Belgique et l'Espagne. Voir, C. Cost., 15 avril 2010, n°138, *Giur. Cost.*, 2010, p. 1605.

<sup>45</sup> C. Cost., 11-20 décembre 1996, n°400, *Giur. Cost.*, 1996, TIII, p. 3658.

<sup>46</sup> C. Cost., 16 novembre 1979, n°131, *Giur. Cost.*, 1979, p. 1046.

<sup>47</sup> C. Cost., 12-19 giugno 1974, n° 184, *Giur. Cost.*, 1974, p. 1629.

<sup>48</sup> C. Cost., 20-25 marzo 1975, n° 74, *Giur. Cost.*, 1975, p. 771.

*l'article 2 de la Constitution (...)* ». Pourtant, dans la requête du Préteur de Crémone<sup>49</sup>, le juge *a quo* proposait des exemples précis. Le juge de renvoi consacrait de longs développements à la situation suisse et poursuivait en citant les différents pays dans lesquels des atténuations aux lois pénales étaient admises<sup>50</sup>. Le juge constitutionnel résume l'ordonnance de renvoi. Il se contente d'une référence générale au droit comparé. Il ne reprend pas les arguments exacts du juge *a quo*. La Cour constitutionnelle limite donc l'influence des arguments de droit comparé dans la saisine alors que les juges *a quibus* lui attribuaient une valeur plus importante.

Enfin, la Cour constitutionnelle adopte, à son tour, une position pragmatique quant à la valeur à attribuer au droit comparé dans la recevabilité de la saisine. Elle admet parfois le recours au droit comparé pour justifier le caractère non-manifestement infondé comme dans la décision n° 206 du 21 juin 1996<sup>51</sup>. D'autres fois, elle est plutôt réticente à admettre le caractère non manifestement infondé basé exclusivement sur un élément de droit comparé. La Cour constitutionnelle, dans la décision n° 138 de 2010, en reprenant pourtant tous les arguments de droit comparé des juges de renvoi, a rejeté comme infondée, l'inconstitutionnalité soulevée de la loi sur le mariage à l'égard des articles 3 et 29 de la Constitution<sup>52</sup>.

Pour la Cour constitutionnelle, le droit comparé ne peut constituer un « argument à part entière ». Il semble n'être qu'un argument parmi d'autres.

---

<sup>49</sup> Ord. Pretura di Cremona, 22 giugno 1973, G.U. n° 205, 1973; *Giur. Cost.*, 1973, p. 2091.

<sup>50</sup> Pour rappel, la requête était formulée comme suit : « *Nous omettrons d'autres citations de droit comparé, mais non sans souligner que d'autres pays, (...), comme, parmi les pays européens, la Norvège, le Danemark, la Pologne, la Yougoslavie, et d'autres Etats hors-Europe, la Chine, la Colombie, l'Equateur, la Colombie et l'Uruguay, ont introduit de considérables limitations à la stricte application des obligations contenues dans les lois pénales* »

<sup>51</sup> C. Cost., 14-21 giugno 1996, n° 206, *Giur. Cost.*, 1996, p. 1835.

<sup>52</sup> La *Consulta* réaffirme dans cette décision, la nécessité de prendre en compte l'évolution de la société. Toutefois, la demande revenait ici à proposer une interprétation créative des dispositions constitutionnelles alors que le juge constitutionnel ne peut procéder qu'à une adaptation. On comprend la prudence de la Cour constitutionnelle. En effet, si l'interprétation proposée par le droit comparé était retenue, ce dernier exercerait une influence au-delà de la recevabilité de la question. Il s'agirait alors de donner une réelle valeur juridique à des éléments extérieurs au système italien.

## **B. LE CARACTÈRE COMPLÉMENTAIRE DU DROIT COMPARÉ DANS LA SAISINE**

Exception faite de la décision n° 206 du 21 juin 1996<sup>53</sup> dans laquelle le juge constitutionnel justifie le caractère fondé de la question exclusivement par une référence au droit comparé<sup>54</sup>, il ne semble pas que le droit comparé puisse constituer, à lui seul, un argument de recevabilité de la saisine. Le caractère infondé, opposé à la question de constitutionnalité soulevée à l'encontre d'une interprétation traditionnelle du mariage dans la décision n° 138 du 15 avril 2010<sup>55</sup>, confirme cette supposition. La requête était exclusivement justifiée par des références à des systèmes étrangers.

Le droit comparé revêt plutôt une utilité complémentaire. Dans la décision n° 188 du 22 décembre 1980<sup>56</sup>, le droit comparé venait confirmer le sens à retenir de certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Il fournissait ainsi une « clé de lecture » sans pour autant constituer l'argument décisif de la saisine. Les références de droit comparé accompagnent généralement d'autres arguments. Il faut alors procéder à une analyse rhétorique des considérants. Selon la décision de la Cour constitutionnelle n° 131 du 16 novembre 1979<sup>57</sup>, le juge de renvoi se référait d'abord au « *Code Zanardelli* » et ensuite à « *d'autres législations étrangères* ». La référence de droit comparé est souvent exposée à côté de données historiques. Selon la décision n° 400 du 20 décembre 1996<sup>58</sup>, « *le juge de renvoi s'étend sur les origines historiques mais également<sup>59</sup> sur les aspects de droit comparé (...), dans le but de mettre en évidence l'utilité de la procédure et les bénéfices qui résulteraient de son application aux procès en cours* »<sup>60</sup>. Il en va de même dans la décision de la Cour constitutionnelle n° 184 du 12 juin 1974<sup>61</sup>, selon laquelle les conclusions du Président du Conseil des ministres présentaient de nombreux « *précédents historiques* » qui étaient accompagnés « *de données offertes par le droit comparé* ». Le considérant de la décision n° 74 de 1975 est également particulièrement révélateur du caractère complémentaire du droit comparé : « *le juge de renvoi a ensuite rappelé les nombreuses critiques de la doctrine à l'encontre des dispositions contestées, la solution différente proposée à ce problème par le projet Ferri et par certaines législations étrangères, et a retenu comme non*

<sup>53</sup> C. Cost., 14-21 giugno 1996, n° 206, *Giur. Cost.*, 1996, p. 1835.

<sup>54</sup> « *Cette Cour a en effet été amenée à constater, sur la base des expériences de droit comparé, la tendance générale à une adaptation des peines pécuniaires et des modalités de paiement aux conditions économiques du condamné (...)* »

<sup>55</sup> C. Cost., 15 aprile 2010, n° 138, *Giur. Cost.*, 2010, p. 1625.

<sup>56</sup> C. Cost., 16-22 dicembre 1980, n° 188, *Giur. Cost.*, 1980, p. 1613.

<sup>57</sup> C. Cost., 16 novembre 1979, n° 131, *Giur. Cost.*, 1979, p. 1046.

<sup>58</sup> C. Cost., 11-20 dicembre 1996, n° 400, *Giur. Cost.*, 1996, TIII, p. 3658.

<sup>59</sup> Souligné par nous.

<sup>60</sup> Souligné par nous.

<sup>61</sup> C. Cost., 12 giugno 1974, n° 184, *Giur. Cost.*, 1974, p. 1629.

*manifestement infondée l'opposition entre l'article 5 du Code Pénal, (...), et l'article 2 de la Constitution (...)* »<sup>62</sup>. Ces références démontrent la fonction d'illustration du droit comparé. Pour la Consulta, elles sont présentées comme une valeur ajoutée et ne font que compléter l'argumentation du juge de renvoi. La référence de droit étranger n'a qu'une autorité relative dans l'argumentation concernant la recevabilité. Elle ne fait que confirmer les conclusions du juge de renvoi.

Le droit comparé n'exerce donc qu'une influence limitée sur la saisine du juge constitutionnel en Italie. Pourtant particulièrement apprécié par les juges *a quibus*, le droit comparé est accueilli avec prudence par la Cour constitutionnelle. Cette dernière ne s'est pourtant pas prononcé contre l'utilisation du droit comparé dans la saisine. Elle n'a pas non plus posé de conditions particulières à l'utilisation du droit comparé par les auteurs de la saisine. Ceux-ci tentent, alors, crânement leur chance avec des arguments de droit comparé dans l'espoir qu'il puisse un jour justifier à lui seul la saisine.

### **CONCLUSION :**

Le droit comparé influence de manière variable la saisine du juge constitutionnel. Il ne reste plus qu'à s'interroger sur la possible diffusion de cette technique afin de boucler le cercle vertueux de circulation du droit constitutionnel. La justice constitutionnelle italienne ne dispose pas de l'exclusivité de cette technique. On a pu déjà remarquer que cette pratique est connue en Espagne mais les différences existantes entre la question incidente italienne et le recours d'*amparo* rendent difficile la comparaison. Cette technique n'a pas encore été exportée en France. Sa transposition est freinée par l'attitude chauvine et la réticence tenace du Conseil constitutionnel envers le droit comparé. Les requérants pourraient suivre la pratique des parlementaires qui agrémentent leurs lettres de saisine de droit comparé. Cette transposition s'avérerait d'autant plus facile, compte tenu de la proximité des procédures française et italienne<sup>63</sup>. Le droit comparé pourrait alors contribuer, de manière nuancée, à la satisfaction de la condition du doute sérieux ou du changement de circonstances. La crainte d'un épuisement des questions prioritaires de constitutionnalité, après l'épure des lois inconstitutionnelles en vigueur, peut être apaisée. L'utilisation du droit comparé par les requérants italiens fournit un exemple rassurant. L'exploitation du fond inépuisable de ressources que constitue le droit comparé permettrait ainsi de renouveler sans cesse la saisine du juge constitutionnel.

---

<sup>62</sup> C. Cost., 20-25 marzo 1975, n° 74, *Giur. Cost.*, 1975, p. 771.

<sup>63</sup> Voir en ce sens, J.-J. PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, n°137, p. 101-122.