

L'indépendance des magistrats vue d'Italie, une question constitutionnelle

Écrit par



Isabelle BOUCOBZA

Professeure de droit public, Université Paris

Nanterre UMR 7074 CTAD-CREDOF

RÉSUMÉ

L'indépendance des magistrats est une question constitutionnelle en Italie. Elle tient une large place dans le texte de 1948, elle est l'objet de nombreux débats juridiques et politiques. Pour en rendre compte, l'étude concentre l'attention sur deux thèses. La première, en apparence consensuelle, soutient que la Constitution doit protéger l'indépendance des magistrats. Elle laisse toutefois apparaître des divergences profondes dès qu'il s'agit de préciser quelles fonctions conférer aux magistrats et quelles garanties prévoir pour que ces fonctions leur soient effectivement réservées. La seconde thèse, moins consensuelle mais très présente dans la magistrature elle-même et dans la doctrine juridique contemporaine, affirme que cette indépendance est nécessaire à la protection de la Constitution elle-même.

« La magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir ». Par cet article 104, la Constitution italienne de 1948 (ci-après CI) place l'indépendance de la magistrature dans l'imaginaire politique et juridique de la séparation des pouvoirs. Le titre IV de la seconde partie de la CI intitulé « La magistrature » cultive cet imaginaire. A première vue, les juridictions administratives et judiciaires semblent visées par ces dispositions et notamment l'article 102 al. 1 selon lequel : « la fonction juridictionnelle est exercée par des *magistrats ordinaires*⁽¹⁾ institués et régis par les règles sur l'organisation judiciaire ». L'article suivant traite du champ de compétence du Conseil d'État et des autres organes de justice administrative. Quant aux magistrats du parquet, ils sont précisément concernés par l'article 112 qui inscrit le principe de légalité des poursuites dans la CI.

Cette dernière disposition est comprise par une partie de la doctrine comme une proclamation du principe de l'indépendance du ministère public (MP ci-après) par rapport à l'exécutif. De la même façon, l'article 101 al. 2 qui dispose que « les juges ne sont soumis qu'à la loi », est communément entendu comme une autre consécration du principe de l'indépendance des juges, exprimant également le principe de légalité dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'article 107 al. 1 confère la garantie de l'inamovibilité à l'ensemble du corps et non seulement aux magistrats du siège (comme c'est le cas en France) et dans son alinéa 3, il affirme le principe de la distinction du grade et de la fonction qui intéresse les rapports entre les magistrats eux-mêmes. La composition du Conseil supérieur de la magistrature (CSM ci-après), prévue à l'article 104 al. 4, établit dès l'origine une présence majoritaire de membres issus de la magistrature face à des membres désignés par le Parlement.

Le contexte dans lequel la CI a été adoptée puis interprétée est essentiel pour bien saisir les contours de l'indépendance des magistrats italiens : au

sortir de vingt années de fascisme, les formations politiques d'après-guerre ont à cœur de créer un système qui fera obstacle au retour de l'autoritarisme. L'indépendance de la magistrature n'est donc qu'un des éléments d'un dispositif plus vaste de garanties contre un pouvoir exécutif hégémonique. Parmi les autres mécanismes avec lesquels cette indépendance fait système, il faut rappeler la rigidité de la constitution et la prévision d'un organe qui garantit cette rigidité, à savoir une Cour constitutionnelle. L'attribution au magistrat ordinaire du pouvoir de la saisir d'une question de constitutionnalité au cours d'un litige va se révéler à l'origine d'une représentation aujourd'hui très répandue de sa fonction comme gardien de la constitution.

L'indépendance des magistrats est donc une question constitutionnelle en Italie. Elle tient une large place dans le texte de 1948 ainsi que dans les discours juridiques et politiques. On en veut pour preuve la diffusion d'un concept doctrinal pour évoquer l'indépendance dans la CI : l'*autogoverno* (autogouvernement) de la magistrature. Il est utilisé pour caractériser la position d'autonomie de la magistrature italienne face aux autres pouvoirs. Bien sûr, la force de cette indépendance est aussi le résultat d'un long processus historique la consolidant par des réformes législatives, des interprétations jurisprudentielles et doctrinales, des rapports de force victorieux. Des figures importantes de la pensée juridique italienne ont défendu cette conception de l'indépendance de la magistrature face au pouvoir politique, au moment d'élaboration de la Constitution. C'est le cas du constituant et professeur de droit processuel Piero Calamandrei. Dans l'Italie des années 60/70 jusqu'à aujourd'hui, d'autres auteurs ont repris le flambeau, comme Luigi Ferrajoli ou Alessandro Pizzorusso. Avec une grande partie de la doctrine constitutionnaliste et de la magistrature, ils sont à l'origine d'une thèse importante : l'indépendance de la magistrature est nécessaire à la protection de la CI.

Cette conception de l'indépendance est toutefois source de vifs débats, voire de conflits institutionnels. La magistrature a connu depuis l'entrée en vigueur de la CI des attaques récurrentes de la part de formations politiques à l'origine de projets de réformes visant à affaiblir son indépendance⁽²⁾. La magistrature y a résisté en manifestant parfois le texte de la CI à la main pour en revendiquer la protection. La permanence de ces débats n'est pas fortuite. Ils portent en définitive sur l'étendue du pouvoir à conférer aux magistrats et sont à l'origine dans la CI, comme dans la pratique institutionnelle, de toute une série d'ambiguïtés et de querelles interprétatives. Parmi les points les plus controversés, on trouve systématiquement : l'assimilation des garanties d'indépendance des magistrats du parquet à celles des juges du siège, la suppression de la carrière judiciaire qui a affaibli le contrôle hiérarchique ou encore la composition du CSM avec la présence majoritaire des magistrats divisés en « courants », comme source de la politisation du CSM et de l'ensemble du corps judiciaire⁽³⁾.

Afin de bien saisir la spécificité de l'indépendance de la magistrature italienne, on mettra l'accent sur deux thèses typiques du débat sur le sujet. La première, en apparence très consensuelle, soutient que la CI doit protéger l'indépendance des magistrats. Des divergences profondes surgissent pourtant dès qu'il s'agit de préciser quelles fonctions conférer aux magistrats et quelles garanties prévoir pour que ces fonctions leur soient effectivement réservées (I). Une seconde thèse, moins consensuelle mais très présente dans la magistrature elle-même et dans la doctrine juridique contemporaine précise que cette indépendance est nécessaire à la protection de la CI elle-même (II).

I. La Constitution doit protéger l'indépendance des magistrats

Cette thèse suscite en apparence le consensus, notamment en raison des circonstances historiques dans lesquelles elle est soutenue : après la période fasciste, qui pourrait être hostile à l'idée que l'indépendance doit être renforcée et protégée par un dispositif constitutionnel qui rompt avec le passé (A) ? Pourtant, au moment de l'adoption de la CI, comme aujourd'hui, dès qu'il s'agit de dire précisément quelle fonction doit être exercée de façon indépendante, donc quel organe doit être soumis au régime d'indépendance défini par la CI pour la « magistrature ordinaire », des divergences profondes se font jour (B).

A. Une thèse apparemment consensuelle

Son caractère consensuel s'explique facilement. Il tient d'abord au caractère vague de la signification la plus retenue du principe d'indépendance associé au principe de la séparation des pouvoirs et qui pourrait tenir dans la formule suivante : la fonction juridictionnelle ne doit pas être exercée par les organes qui détiennent aussi les fonctions exécutive et législative. Ainsi exprimé, le principe rejoint purement et simplement celui de l'interdiction du cumul des fonctions entre les mêmes mains, soit un principe négatif de la séparation des pouvoirs⁽⁴⁾. Ce risque de confusion réside, par exemple, dans l'éventualité d'une modification *a posteriori* de la décision du juge par un organe d'une autre fonction. L'absence d'indépendance présente un autre type de danger : la possibilité pour les organes détenteurs des fonctions législative et exécutive d'influencer le juge « en amont », avant ou au moment où il prend la décision. Toutefois, ainsi formulé, le principe d'indépendance reste un principe négatif qui suscite le consensus mais se révèle insuffisant. Tout reste à découvrir quant aux modalités concrètes de sa mise en œuvre. Evidemment, si cette question suscite autant le débat, c'est qu'elle est révélatrice de la latitude d'action, en clair du « pouvoir », laissé aux magistrats.

En Italie, le professeur de droit Ludovico Mortara va contribuer à la définition de ces modalités en forgeant dès 1885 la notion d' *autogoverno* de la magistrature. « Le louable dessein d'assurer l'indépendance de l'exercice de la fonction judiciaire n'est pas suffisant, puisqu'une chose est l'indépendance et autre chose est « l'autonomie organique » de la magistrature comme pouvoir de l'État ⁽⁵⁾ » : autrement dit, il ne suffit pas d'interdire au Gouvernement et au Parlement de s'immiscer dans l'exercice de la fonction des juges en affirmant à leur profit une réserve de compétences. Il faut prévoir des garanties dans leurs rapports avec les autres pouvoirs afin que les juges soient effectivement les seuls titulaires de leurs fonctions. Bref, il est nécessaire d'organiser leur indépendance organique. Aujourd'hui, dans le discours doctrinal italien, le terme d'*autogoverno* sert pour désigner cet ensemble de garanties : notamment pour qualifier le rôle actuel du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et par extension le régime juridique appliqué au corps dans son ensemble.

À la fin du XIX^e siècle, à la suite des conquêtes napoléoniennes, l'Italie avait hérité d'une magistrature organisée sur le modèle militaire au sein de laquelle les magistrats devaient faire carrière, en aspirant à un avancement les faisant dépendre des appréciations discrétionnaires de leurs supérieurs, directement nommés par le pouvoir politique. L'administration du corps judiciaire rentrait presque exclusivement dans la compétence de l'exécutif, la garantie de l'immovibilité ne valait que pour les magistrats du siège. Le fascisme a profité de cette faiblesse de l'indépendance de la justice italienne et l'a aggravée. C'est en réaction contre cette traditionnelle faiblesse que s'est progressivement imposée la question de « l'*autogoverno* de la magistrature et que s'est développé, avant même l'avènement du fascisme, un « mouvement culturel pour l'indépendance ⁽⁶⁾ ».

L'*autogoverno* a été au cœur des débats constitutifs. Défendu par P. Calamandrei, il se caractérise par « le pouvoir attribué à la magistrature d'accomplir tous les actes administratifs qui ont un lien avec le statut juridique des membres de l'ordre judiciaire, d'exercer la juridiction disciplinaire à leur égard et de délibérer sur les dépenses relatives au fonctionnement de la justice ⁽⁷⁾ ». Dans le discours de P. Calamandrei, cette exigence trouve cependant sa limite dans celle antagoniste de non-séparation complète. Il s'agit d'éviter les risques de la présence dans l'État d'un corps fermé et totalement séparé, « puisque la magistrature pourrait, par exemple, se refuser à l'application d'une loi ou s'attribuer le pouvoir d'établir des critères généraux d'interprétations des lois ⁽⁸⁾ ». La prévision de garanties d'indépendance dans la CI peut donc être lue comme une volonté de mettre fin à la traditionnelle soumission de la magistrature au pouvoir exécutif caractéristique de l'époque libérale et de l'époque fasciste. Elle s'entend aussi pour l'avenir. En effet, à la constituante, les forces politiques en présence, très divisées idéologiquement, craignent les résultats des premières élections législatives et l'arrivée au pouvoir de majorités qui verseraient de nouveau dans le totalitarisme. Aussi, l'indépendance de la magistrature n'est-elle que l'un des éléments du système de garanties prévus pour pouvoir éventuellement faire contrepoids à l'arrivée d'un possible pouvoir autoritaire. D'autres mécanismes complètent le dispositif, comme la rigidité de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois, ou encore l'autonomie des régions.

Enfin, l'autre point semblant faire consensus concerne la définition de la fonction qui doit être conférée aux magistrats et qui se rattache à une conception très traditionnelle héritée de la révolution française : le juge doit se contenter d'appliquer la loi au cas concret car il y est soumis. On peut y voir la raison pour laquelle, à l'article 104, la magistrature n'est pas considérée comme un « pouvoir » mais seulement comme un « ordre ». On peut y déceler également la raison pour laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas confié à la magistrature ordinaire mais à un organe *ad hoc*, une Cour constitutionnelle.

Pourtant on l'a dit, ce consensus autour de l'indépendance n'est pas parfait. Les divergences éclatent dès lors qu'il s'agit de l'organiser réellement.

B. Un consensus fragile : l'exercice indépendant de quelle(s) fonction(s) ?

La mise en place d'une constitution suppose de dépasser le principe négatif de séparation des pouvoirs pour organiser concrètement la répartition des compétences entre les organes : cela suppose de décider quelles seront les compétences des « magistrats ordinaires », autrement dit quelle sera l'étendue de leur pouvoir dans l'État. Cette question est éminemment politique. Seront-ils compétents uniquement sur les litiges civils et pénaux ou également pour le contrôle de l'administration, le déclenchement de l'action pénale, le contrôle de constitutionnalité des lois ? Y répondre, c'est du même coup décider du régime juridique d'indépendance qui va s'appliquer aux titulaires de ces compétences : si ce sont les « magistrats ordinaires », ils seront soumis au régime d'*autogoverno* prévu par la CI. Ces questions se sont effectivement posées, se posent toujours, et n'ont pas donné lieu à des réponses claires dans la CI en raison de désaccords persistants entre les constituants, puis entre les interprètes de la CI.

Si l'article 102 est présenté comme celui qui organise une « unité de juridiction », cette interprétation ne fait pas l'unanimité. Ce même article prévoit pour sa mise en application l'adoption d'une loi sur l'organisation judiciaire. Le statut des membres de la « magistrature ordinaire », sa structure interne, auraient dû y être définis par le législateur conformément aux prescriptions du texte constitutionnel. Or, cette loi n'a jamais été adoptée. Aussi, la signification de l'expression « magistrature ordinaire » demeure discutée. En l'absence d'une nouvelle législation, comme l'indique la VII^e disposition transitoire de la CI, c'est le texte de l'époque fasciste sur l'organisation judiciaire qui a continué de s'appliquer : la plupart

des auteurs déduisent de l'article 102 que les « magistrats ordinaires » sont ceux qui font l'objet des dispositions de décret royal du 30 janvier 1941, n° 12, dit « *ordinamento giudiziario* », c'est-à-dire les magistrats civils et pénaux. Ce sont eux seuls qui bénéficient du régime d'*autogoverno* prévu par la CI. Même si la loi a prévu dans les années 80 la création d'organes dit d'autogouvernement pour les magistratures administratives, la question de l'existence d'un « cordon ombilical » entre justice administrative et pouvoir exécutif demeure discutée.

Cette dernière formule est encore plus familière s'agissant du MP. Les débats à son sujet n'ont jamais cessé, opposant deux camps bien tranchés : ceux hostiles à son indépendance et ceux qui y sont favorables. Les premiers soutiennent que les constituants n'étaient pas parvenus à un accord sur la question du M.P. et avaient décidé, là aussi, de déléguer la décision au futur législateur. Ils se fondent également sur l'interprétation de l'article 101 al. 2 CI qui énonce que les « juges » ne sont soumis qu'à la loi. L'emploi du terme « juge » au lieu de celui de « magistrat » est interprété comme la manifestation de la volonté de réserver au parquet un traitement spécial lié à la nature exécutive et non juridictionnelle de sa fonction. Dans l'autre camp, on se prévaut des dispositions constitutionnelles qui les comptent parmi les « magistrats » indépendants de tout autre pouvoir conformément aux termes de l'article 104 alinéa 1 de C.I. Ces auteurs ajoutent que ces magistrats sont placés dans la même situation de soumission exclusive à la loi que les juges, en raison même du principe constitutionnel de légalité des poursuites (article 112 CI). Enfin, l'indépendance du parquet, comme celle des juges du siège, est présentée comme une garantie d'indépendance pour l'ensemble du corps judiciaire, sachant qu'un magistrat peut au cours de sa carrière alterner entre siège et parquet.

Reste la question de l'attribution du contrôle de constitutionnalité des lois à la magistrature ordinaire. Elle semblait réglée, le constituant ayant fait le choix d'attribuer cette compétence, non pas aux magistrats ordinaires, mais à une Cour constitutionnelle. Pourtant, le tout dernier vote de l'Assemblée constituante en février 1948 ⁽⁹⁾ va confier au juge ordinaire les clés pour l'accès à la Cour constitutionnelle. L'attribution de cette compétence va, elle aussi, avoir des conséquences considérables sur la définition de la fonction des magistrats.

L'absence de compromis au sujet des trois activités - contrôle de l'administration, déclenchement de l'action pénale et contrôle de la constitutionnalité des lois - est à la hauteur des enjeux de leur attribution : il s'agit, ni plus ni moins, que de conférer aux « magistrats ordinaires » des compétences qui leur permettraient d'exercer une fonction de contrôle sur les détenteurs du pouvoir. Les divergences font que les constituants adoptent des dispositions ambiguës et parfois contradictoires, qui vont nourrir des conflits interprétatifs et de rapports de force entre les tenants de différentes positions. Surtout, les constituants ont fait le choix de confier la mise en place des dispositifs de garanties - CSM et Cour constitutionnelle - au futur législateur, donc à la prochaine majorité parlementaire. Avec la victoire électorale de la démocratie chrétienne (DC ci-après) et de ses alliés en avril 1948, c'est une vision très conservatrice de la magistrature qui va tenter de s'imposer avec la décision de « geler » la CI : pendant une dizaine d'années, ni le CSM, ni la Cour constitutionnelle ne sont institués. A l'inverse, le pouvoir politique va tenter de réintroduire le contrôle de l'exécutif sur l'ensemble des magistrats.

Cette orientation défavorable à l'indépendance de la magistrature va progressivement perdre du terrain. La majorité fragilisée va finir par instituer le CSM et la Cour constitutionnelle, tandis que les magistrats ainsi que certains professeurs de droit vont s'employer à construire une thèse aujourd'hui dominante dans leurs rangs : les magistrats doivent être protégés par la CI parce que leur indépendance est une garantie pour la CI elle-même. Autrement dit, les magistrats doivent être indépendants parce qu'ils *mettent en œuvre* la Constitution.

II. L'indépendance des magistrats protège la Constitution

Dans le débat constitutionnel italien, l'idée de « protection » de la Constitution est étroitement liée à celle de sa « mise en œuvre » (*attuazione*) : dans les années qui suivent son entrée en vigueur, la majorité DC agit contre les valeurs de la CI et tente de rétablir la soumission de la magistrature à l'exécutif. Cette expérience conduit une partie de la magistrature et de la doctrine juridique à développer cette culture de l'indépendance et de la Constitution qui est à l'origine de la thèse selon laquelle l'indépendance de la magistrature défend la constitution (A). Cette indépendance n'en protège pas moins la liberté de décision des magistrats qui peuvent ainsi jouer un rôle de contre-pouvoir face aux majorités gouvernementales. Vue sous cet angle, l'indépendance de la magistrature, telle qu'elle s'affirme dans le fonctionnement du système italien, contribue à établir sans le dire explicitement une forme de séparation des pouvoirs à l'américaine sur le modèle des « *checks and balances* », qui ne fait pas l'unanimité (B).

A. Une culture de l'indépendance et de la Constitution

Voir la note de bas de page sur le titre « Une culture de l'indépendance et de la Constitution » ⁽¹⁰⁾

Le « mouvement culturel pour l'indépendance » se renforce à partir de la période constituante. Il critique l'organisation de la justice héritée de la législation napoléonienne et de la période fasciste au sein de laquelle la magistrature était bien dotée de quelques garanties d'indépendance mais

n'était qu'une branche de l'administration, soumise au pouvoir exécutif. Sur la base de ces critiques, P. Calamandrei propose à la Constituante de soustraire ces compétences au Ministre pour les remettre à un CSM composé pour 2/3 de magistrats élus par tous les magistrats et pour 1/3 de membres élus par le Parlement afin de ne pas faire de la magistrature un corps détaché de l'État. Cependant, l'*autogoverno* est menacé de ne jamais voir le jour, dès lors que le pouvoir politique refuse d'instituer le CSM jusqu'en 1958 et prend de surcroît une loi qui semble contraire à la Constitution en ce qu'elle réintroduit des compétences au profit du ministère de la Justice sur la gestion du corps des magistrats.

À cette époque, il ne faut pas attendre des magistrats de la Cour de cassation formés et en poste pendant le fascisme qu'ils s'opposent à cette politique gouvernementale défavorable à leur indépendance : ils sont eux-mêmes méfiants à l'égard du CSM et de la Cour constitutionnelle. S'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois notamment, leur attitude était très fermée vis-à-vis des dispositions constitutionnelles, à cause notamment de leur adhésion à l'idée largement partagée au moment de l'adoption du texte constitutionnel du caractère non obligatoire d'une partie de celui-ci. Cela a des conséquences importantes puisque la législation fasciste toujours en vigueur n'est pas remise en cause. Même après l'installation de la Cour constitutionnelle en 1956, les magistrats de la Cour de Cassation ne jouent pas le jeu et tentent de réduire au minimum les questions de constitutionnalité soulevées.

Une alliance entre la Cour constitutionnelle et des magistrats de première instance va progressivement se nouer et se révéler déterminante : elle va associer étroitement la garantie juridictionnelle de la norme constitutionnelle et les garanties d'indépendance des magistrats. Cette alliance est intéressée : d'un côté, la Cour constitutionnelle dépend des magistrats pour fonctionner ; de l'autre côté, ils utilisent la saisine de la Cour pour s'affranchir des interprétations conservatrices de la Cour de Cassation ainsi que de la surveillance hiérarchique des hauts magistrats en réclamant, sur la base des dispositions constitutionnelles, la garantie de leur « indépendance interne ⁽¹¹⁾ ». Ces jeunes magistrats, plutôt de gauche, formés dans le cadre républicain, s'emparent donc de la Constitution et exigent sa *mise en œuvre* tant pour les droits et libertés qu'elle consacre, que pour la nouvelle répartition des compétences qu'elle organise en matière de gestion de la carrière des magistrats. Ils décident notamment de multiplier les exceptions d'inconstitutionnalité. Ils les utilisent pour faire échec à la législation fasciste que les forces au pouvoir étaient tentées de conserver, mais également pour faire invalider des lois nouvelles qu'ils jugent contraires à la constitution. Ils se tournent également vers la Cour constitutionnelle pour défendre leur statut : en 1968, la Cour constitutionnelle, saisie par deux magistrats de première instance, censure la loi de 1958 sur le CSM par laquelle la majorité avait tenté de rétablir le pouvoir du ministre de la justice sur la carrière des magistrats (décision n. 168/1963). Il paraît utile de préciser que cette défense des dispositions constitutionnelles relatives à leur indépendance n'est possible que si les règles relatives à l'organisation des pouvoirs, celle de la deuxième partie de la Constitution italienne, ne sont pas exclues du champ du contrôle de constitutionnalité des lois, comme c'est le cas en France pour le contrôle *a posteriori* limité à la protection des droits et libertés que la Constitution garantit.

Cette culture de l'indépendance et de la Constitution naît dans une période politique tendue (guerre froide, mai 1968 etc.), pendant laquelle les magistrats prennent conscience de leur pouvoir interprétatif et de leur nouveau rapport à la constitution. Elle grandit avec l'affirmation d'une représentation du magistrat, gardien de la Constitution, titulaire d'une fonction de contrôle de la légalité sur l'ensemble des pouvoirs publics et privés.

Cette présentation de l'indépendance comme un moyen de protéger la constitution suscite des discussions. Elle peut également être vue comme un moyen de protéger la liberté des magistrats de décider librement et donc de jouer un rôle de contre-pouvoir face aux majorités gouvernementales, ce qui ne fait pas l'unanimité.

B. Liberté de décision des magistrats et « checks and balances »

L'alliance entre la Cour constitutionnelle et la magistrature a donné naissance à cette figure du magistrat indépendant, garant de la Constitution. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, comme l'activité du CSM, la pérennisent par leurs interprétations favorables au maintien ou même au renforcement des garanties d'indépendance des magistrats à l'égard des autres pouvoirs. Cette alliance fait du magistrat l'acteur principal du contrôle de constitutionnalité des lois ⁽¹²⁾ et plus largement du contrôle de légalité de l'action des pouvoirs publics et privés.

L'adhésion à la thèse selon laquelle l'indépendance de la magistrature est un moyen de protéger la constitution suppose pourtant d'admettre que lorsque les magistrats exercent leurs fonctions, ils ne font qu'appliquer le droit et n'exercent aucun pouvoir. Or, cette vision de leurs fonctions suppose d'adhérer à une conception formaliste de l'interprétation selon laquelle ils se contentent de retrouver le sens préexistant des textes. En revanche, si on admet que l'interprétation suppose des choix en termes de valeurs, alors l'indépendance ne protège plus une fonction subordonnée d'application mais bien une fonction de décision. Les magistrats et la Cour constitutionnelle exercent dans cette perspective un réel pouvoir normatif qui peut venir contrecarrer celui des majorités gouvernementales. Il en est de même lorsque les magistrats administratifs annulent des mesures prises par le pouvoir exécutif. Il en est encore ainsi quand les magistrats du parquet peuvent en toute indépendance décider de poursuivre

les personnalités politiques, publics ou privés parmi les plus puissants de l'Etat, comme ce fut le cas à l'époque de *mani pulite*, ils jouent un rôle de contrepouvoir⁽¹³⁾.

En somme, les compétences conférées aux magistrats et aux juges constitutionnels - pouvoir de déclencher les poursuites pénales, pouvoir de contrôler l'action de l'administration, pouvoir de décider de la constitutionnalité des lois, y compris celles qui touchent à l'indépendance des magistrats - peuvent bien être vues comme des moyens de protéger la Constitution. Mais il faut préciser que cette protection s'entend au sens d'une « garantie mécanique ». En d'autres termes, elle est typique des systèmes dits de balance des pouvoirs (*Checks and balances*) au sein desquels *le pouvoir des magistrats peut arrêter le pouvoir des autres organes de l'État*.

Ce rôle de contrepoids des magistrats demeure au cœur du débat aujourd'hui en Italie. Il illustre les vives tensions entre le ministre de l'intérieur M. Salvini et la magistrature, lorsqu'à la suite de plusieurs décisions juridictionnelles jugées défavorables à sa politique migratoire, celui-ci décide de remettre à l'agenda la réforme de la justice et de faire procéder à des enquêtes sur les opinions politiques des magistrats à l'origine des jugements qui lui déplaisent. En réponse, l'Association nationale des magistrats (ANM) lui rappelle dans une note du 3 juillet 2019 que les « juges, dans les tribunaux et les Cours, appliquent les lois en les interprétant conformément à la Constitution (...)»⁽¹⁴⁾ »

(1) Nous soulignons.

(2) Pour une analyse de ces débats dans une perspective comparée, I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2005

(3) Ces questions sont toujours d'actualité en Italie, voir le récent projet de loi constitutionnelle d'initiative populaire intitulé : Norme pour la mise en œuvre de la séparation des carrières entre magistrature du siège et magistrature du parquet. Disponible sur : <https://www.camera.it/leg18/126?tab=2&leg=18&idDocumento=14&sede=&tipo=>

(4) V. C. Eisenmann. « L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, p. 190 et s.

(5) L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Ed. Scientifiche Italiane, rééd., 1992, p. 1. Elle fut reprise par P. Calamandrei, dans « Governo e Magistratura, discours inaugural de l'année académique de l'Université de Sienne en 1921 », in *Opère Giuridiche*, Morano, cd. 1966, p. 195.

(6) Ce sont les termes de A. Pizzorusso, dans « Les rapports entre politique et justice en Italie de l'après-guerre à nos jours », *Laboratoire italien*, 2 | 2001, consultable en ligne

(7) V. l'article 16 du rapport de P. Calamandrei présenté à la Constituante, consultable en ligne : http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sottocommissione/37nc.pdf

(8) V. son intervention à la Constituante le 5 décembre 1946, disponible sur : http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed001/sed001nc.pdf

(9) Elle avait été prorogée de deux mois pour achever ses travaux. v. I. Boucobza, « Les magistrats italiens et la Constitution de 1948 », in *La protection de la constitution. Finalités, mécanismes, justifications*, A. Le Pillouer (dir.), Poitiers, Presses de la Faculté de Poitiers, 2018, p. 47.

(10) A. Pizzorusso, « Il disgelo costituzionale », in *Storia dell'Italia Repubblicana*, vol. 11/2, Einaudi, Torino, 1995, pp. 142 ; v. aussi, L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari, Laterza, p. 75.

(11) Sur la distinction entre indépendance externe et interne, v. S. Senese, « L'indépendance face aux pouvoirs, De la critique du mythe à la défense du concept », in *Justice*, mars 1983, n° 9

(12) Dès 1965, les magistrats réunis en congrès affirment dans une motion restée célèbre que « (...) il revient au juge en position d'impartialité et d'indépendance par rapport à toute organisation politique et tout centre de pouvoir

1. d'appliquer directement les normes de la Constitution quand cela est techniquement possible par rapport au litige dans le cas d'espèce (...). Associazione Nazionale Magistrati, Atti e commenti. XII congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 septembre 1965, Rome, Arti Grafiche Jasillo, 1966, p. 310. La Cour constitutionnelle incite, quant à elle, les magistrats à procéder à des « interprétations conformes à la constitution ». V. la décision n. 356/1996.

(13) L. Ferrajoli, « Crisi del sistema politico e giurisdizione », in *Il potere de giudici*, Rome, Manifestolibri, 1994, p. 42.

Citer cet article

Isabelle BOUCOBZA. « L'indépendance des magistrats vue d'Italie, une question constitutionnelle », Titre VII [en ligne], octobre 2019, n° 3.
URL complète : <https://webview.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-independance-des-magistrats-vue-d-italie-une-question-constitutionnelle>