

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne

PERLO NICOLETTA

Référence de publication : Perlo, Nicoletta, « Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2018, n° 622, p. 569-576.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne

Résumé

En Italie, deux grandes transformations structurelles sont imputées principalement au droit de l'Union. D'une part, l'appartenance traditionnelle de l'ordre juridique italien aux systèmes de civil law semble être remise en cause par la place prépondérante accordée aux juges dans l'ordre européen. D'autre part, la conception classique de la souveraineté étatique est mise à mal par un ordre qui, progressivement, a construit une nouvelle forme d'organisation politique. Les deux changements sont certes le résultat de l'influence européenne, mais s'inscrivent aussi dans des dynamiques internes au système italien. La doctrine et les juges, ordinaires, constitutionnel et européens, sont les grands protagonistes de ces évolutions. De leurs conflits ainsi que de leurs collaborations naît un ordre juridique italien transformé, que les classifications élaborées par les doctrines des XIXe et XXe siècles ne sont désormais plus en mesure d'expliquer.

Summary

In Italy, two major structural changes are mainly attributed to EU law. On the one hand, the traditional adherence of the Italian legal system to civil law systems seems to be called into question by the predominant place granted to judges in the European order. On the other hand, the conventional conception of state sovereignty is undermined by an order that has gradually built a new form of political organization. Both changes are certainly the result of European influence, but also part of internal dynamics of the Italian system. Doctrine and ordinary, constitutional and European judges, are the main protagonists of these developments. From their conflicts as well as their cooperation is born a transformed Italian legal order, that the classifications elaborated by the doctrines of the 19th and 20th centuries are n° longer able to explain.

Depuis soixante ans, le droit communautaire devenu droit de l'Union européenne influence de façon déterminante l'ordre juridique matériel italien. Cela n'a évidemment rien d'une spécificité italienne, dès lors que l'ordre juridique européen est pensé comme un système apte à transformer les droits nationaux dans les domaines concernés par les Traités, dans le but de créer une intégration accrue entre les États (1).

Les changements formels des droits matériels des pays membres ont toutefois induit d'autres transformations, plus profondes, touchant les catégories juridiques traditionnelles des États, celles-là même qui structurent et conditionnent l'univers de représentation des juristes de chaque pays. Il s'agit de changements informels, relatifs à l'« intelligence intime » (2) des systèmes de droit. Dans ce cadre, les différences entre les États persistent puisque chaque culture juridique interagit différemment avec le droit de l'Union et produit des résultats divers. Ceux-ci sont essentiellement commandés par deux variables.

La première variable tient aux principes considérés comme structurant l'identité juridique d'un pays. En cela, le droit public apparaît particulièrement prolifique. Cette branche du droit exprime en effet la conception fondamentale de la relation entre l'État et la société, en recelant ce faisant la « structure cognitive » (3) de chaque ordre juridique.

La seconde variable tient aux acteurs du droit. Le changement est en effet tout d'abord une question de ressenti, de perception subjective du niveau d'altération des catégories juridiques nationales provoquée par le droit de l'Union. Au sein d'un même système juridique, les différents acteurs peuvent s'opposer à l'influence du droit de l'Union sur des conceptions qu'ils considèrent comme essentielles, ou bien ils peuvent accompagner le processus de changement en se montrant plus ou moins attachés à certains principes. Cela varie en fonction de leurs sensibilités et des objectifs politico-juridiques qu'ils poursuivent. Le niveau d'emprise du droit de l'Union sur les conceptions nationales traditionnelles est donc la résultante de l'action divergente ou convergente des acteurs nationaux.

En Italie, à l'heure actuelle, deux grandes transformations structurelles sont imputées principalement au droit de l'Union. En premier lieu, l'appartenance traditionnelle de l'ordre juridique italien aux systèmes de civil law semble être remise en cause par la place prépondérante accordée aux juges dans l'ordre européen (I). En second lieu, la conception classique de la souveraineté étatique est mise à mal par un ordre qui, progressivement, a dépassé les États-nations et a construit, dans les faits, une nouvelle forme d'organisation politique (II).

Les deux transformations sont étroitement liées entre elles, en ce qu'elles renvoient à la déstabilisation de l'organisation des sources du droit selon une logique formelle kelsénienne et à l'affirmation d'un système juridique et juridictionnel multiniveau, non hiérarchisé, dans lequel la notion pyramidale de la souveraineté s'effrite. En outre, les deux changements sont certes le résultat de l'influence européenne, mais s'inscrivent aussi dans des dynamiques internes au système italien.

La doctrine et les juges, ordinaires, constitutionnel et européens, sont les grands protagonistes de ces évolutions. De leurs conflits ainsi que de leurs collaborations naît un ordre juridique italien transformé, que les classifications élaborées par les doctrines du XIXe et XXe siècles ne sont désormais plus en mesure d'expliquer.

I. - Le brouillage des frontières entre les familles du droit : d'un modèle de civil law vers un modèle de common law ?

Depuis la classification des systèmes juridiques opérée par Adhémar Esmein au début du XXe siècle (4), l'ordre juridique italien est traditionnellement rangé au sein du groupe de droit romain ou romano-germanique (5). Bien que cette classification n'ait ni de valeur normative, ni de valeur scientifique irréfutable (6), elle donne toutefois une indication importante sur le « style juridique » (7) de l'ordre italien. Un ordre fondé sur une tendance accentuée à l'abstraction, à la codification du droit, au formalisme du raisonnement juridique et, par conséquence, à la primauté du droit législatif et à la limitation du pouvoir créateur des juges.

Ce « style juridique », caractéristique des pays dit de civil law, depuis presque 60 ans ne décrit plus la réalité de l'ordre juridique italien. À des titres différents, deux phénomènes ont contribué à le transformer : l'affirmation de l'État de droit constitutionnel, depuis l'adoption de la Constitution de 1948 d'une part, et le processus d'intégration européenne, à partir des traités de Rome d'autre part. Désormais, comme dans les systèmes de common law, les juges occupent une place centrale dans l'ordre juridique. Cela oblige à repenser la conception traditionnelle, formelle, des sources du droit (A) et à questionner le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité, dont le caractère concentré est remis en question (B).

A - L'organisation des sources du droit : vers la reconnaissance du droit jurisprudentiel

En droit comparé, l'organisation des « sources du droit » est l'un des critères plus fréquemment utilisés pour classer les systèmes juridiques (8). Notamment, l'exclusion ou l'inclusion du droit jurisprudentiel permet traditionnellement de distinguer les systèmes de civil law des systèmes de common law.

Toutefois, depuis les années 80, la doctrine comparatiste constate le rapprochement progressif entre les deux systèmes en raison du rôle éminent qu'occupe désormais la jurisprudence, sous l'effet du droit européen, de la globalisation économique et d'une tendance générale vers le pragmatisme juridique dans la résolution des conflits (9).

L'ordre juridique italien ne fait pas exception à cette évolution, dont les facteurs extérieurs s'allient à des facteurs internes au système. C'est ainsi que l'élaboration par la Cour constitutionnelle de la théorie du droit vivant a conduit à ce que l'interprétation jurisprudentielle consolidée devienne la « norme » et puisse faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité de la loi (10). Implicitement, les juges sont ainsi devenus des créateurs du droit, à l'instar et, dans certains cas même au-delà, du législateur.

L'eupéanisation est le second facteur qui a permis l'essor du juge. Encore une fois, la Cour constitutionnelle a contribué en grande partie à ce processus. Sous la pression de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) (11), elle a en effet consenti à ce que les juges ordinaires fassent primer le droit communautaire directement applicable, en écartant la norme nationale incompatible (12). Le juge constitutionnel a ensuite inclus les arrêts interprétatifs de la CJCE (13) parmi les sources du droit communautaire directement applicables par les juges italiens. En outre, entre 2011 et 2013, par trois arrêts, la Cour constitutionnelle, dans certaines circonstances, a attribué à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) la valeur et les effets du droit législatif (14). Le droit jurisprudentiel européen a donc désormais sa place parmi les sources du droit italien.

Cette transformation ne semblait choquer ni la doctrine (15) ni, a fortiori, les juges, qui en sont les principaux bénéficiaires. Toutefois, à partir de 2010, le processus de déformalisation des sources du droit italien semble atteindre sa limite lorsqu'il menace d'aller jusqu'à transformer l'organisation des sources du droit pénal. Dans la tradition philosophico-juridique italienne, les exigences de prévisibilité, de non-rétroactivité, de précision de la loi pénale sont en effet satisfaites par la garantie de son caractère législatif. Admettre le pouvoir créateur du juge en ce domaine signifierait mettre à risque la sécurité juridique, la liberté individuelle, ainsi que le principe d'égalité devant la loi.

C'est dans ce cadre qu'un conflit juridictionnel et doctrinal s'est déclenché alors autour de la revendication de la tradition continentale de l'ordre constitutionnel italien. Quelle que soit la dimension interne des facteurs de la déformalisation, la menace fut précisément identifiée à l'extérieur du système : l'influence européenne est devenue l'« agent irritant » (16), la cause principale de la déstabilisation des sources du droit.

L'origine de l'affaire remonte à 2010, alors que l'assemblée plénière de la Cour de cassation, section pénale, avait tiré les conséquences ultimes du processus composite ayant conduit à l'affirmation du droit jurisprudentiel (17). En considérant que l'adhésion à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) impose d'attribuer une signification plus large à la notion de « légalité », la Cour défendait l'idée que le revirement jurisprudentiel *in mitius*, en matière pénale, pouvait produire des effets *erga omnes* à l'instar du droit législatif (18). Selon la Cour de cassation, le rapprochement du système italien à celui de common law n'aurait rien de

choquant dès lors que, en Italie, en vertu de la théorie du droit vivant, la jurisprudence est déjà créatrice de droit (19). L'influence européenne ne ferait donc qu'achever une transformation des sources du droit déjà bien engagée.

Cet arrêt a produit l'effet d'un coup de tonnerre et déclenché un conflit jurisprudentiel au cours duquel l'enjeu identitaire a pu faire oublier que le droit jurisprudentiel - comme le dit la Cour de cassation - fait déjà partie des sources du droit italien. La vraie question serait tout juste d'en limiter la portée en droit pénal.

Saisie, la Cour constitutionnelle s'est prononcée une première fois en 2012. Elle rappelle alors que reconnaître sous certaines conditions la valeur normative du droit jurisprudentiel européen n'équivaut pas à l'intégration telle quelle de la jurisprudence parmi les sources du droit (20). Le principe de « légalité pénale » affirmé par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution italienne pose la primauté des dispositions législatives sur toute autre source du droit en matière pénale et garantit ainsi que toute mesure restreignant la liberté individuelle soit adoptée par « l'institution qui constitue l'expression la plus accomplie de la représentation politique : le Parlement » (21). Pour ces raisons, la Cour constitutionnelle considère la réserve de loi en matière pénale comme un élément de l'identité constitutionnelle italienne, fondée sur une conception des sources du droit « rigoriste et hiérarchisée » (22).

S'appuyant sur cette approche formelle qui, tout en se référant au droit pénal, semble aussi défendre, plus généralement, les racines continentales de la culture juridique italienne, la Cour de cassation en 2016 tire les conséquences extrêmes de ce discours. En réagissant à l'arrêt Taricco de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (23), le juge de cassation saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle de constitutionnalité, en invoquant l'opposition de « contre-limites » (24) au regard de l'article 325 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). En d'autres termes, la Cour suprême demande au juge de la loi de ne pas donner application au droit primaire de l'Union puisqu'il porterait atteinte au principe constitutionnel de légalité en matière pénale. Dans la saisine, la Cour aborde de front la question de l'influence européenne sur l'organisation des sources de droit italien. Elle dénonce l'« apogée de la jurisprudence source du droit » (25), un concept relevant d'un système de common law qui, bien qu'il « constitue souvent de façon significative la matrice culturelle de la juridiction européenne » (26), reste étranger au civil law. Le conflit entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union est donc expliqué en termes de « choc de cultures » juridiques, excluant en conséquence toute possibilité de dialogue.

La réponse de la Cour constitutionnelle à la Cour suprême reconduit enfin le débat à des plus justes proportions. Le juge constitutionnel évite d'opposer les contre-limites et saisit la CJUE d'une question préjudicielle se concentrant exclusivement sur l'exigence de précision de la loi pénale en tant que principe « constitutif des ordres constitutionnels des États membres de civil law » (27).

Par la suite, l'acceptation par la CJUE de la différente tradition italienne (28) montre que, bien que le droit de l'Union ait indéniablement contribué à transformer les sources du droit italien, cette influence peut être limitée dans le domaine du droit pénal - et sans qu'il soit besoin de recourir à des discours identitaires - lorsqu'elle porte atteinte à des principes considérés comme inviolables par la Constitution.

B - La justice constitutionnelle : vers le dépassement du modèle de contrôle concentré ?

Historiquement, le contrôle de constitutionnalité concentré est né au sein de systèmes juridiques de civil law, lesquels prennent expressément leurs distances avec le modèle de contrôle diffus américain. Les systèmes continentaux ont préféré limiter les pouvoirs des juges et accorder au législateur le privilège d'être censuré exclusivement par un organe indépendant de l'ordre judiciaire. Très rapidement toutefois, la distinction nette entre ces deux modèles s'est atténuée. D'une part, le mécanisme de la question préjudicielle, intégré à la plupart des systèmes de contrôle concentré nés après la Deuxième Guerre mondiale, attribue aux juges ordinaires un rôle de filtrage qui leur permet d'effectuer une première appréciation de la constitutionnalité de la norme. D'autre part, la règle du précédent et l'influence de la jurisprudence des Cours suprêmes dans les systèmes diffus ont contribué à « concentrer » de plus en plus la décision de constitutionnalité (29).

C'est ainsi que, dès sa création par la Constitution de 1948, le contrôle de constitutionnalité italien est hybride. Il est concentré, dès lors que la Cour constitutionnelle est un organe indépendant de l'ordre judiciaire et spécialisé dans le contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Il présente toutefois également des éléments ressortissant à un modèle diffus, dès lors que la Cour peut exclusivement être saisie par une question préjudicielle, posée par des juges ordinaires. De plus, depuis 1996, la Cour constitutionnelle a imposé que les juges la saisissent seulement lorsqu'il est impossible de donner une interprétation de la loi conforme à la Constitution. Autrement, les juges doivent directement appliquer la norme en lui attribuant une interprétation constitutionnellement compatible (30). La théorie de l'interprétation conforme investit donc officiellement les juges ordinaires du rôle d'interprètes de la Constitution, aux côtés de la Cour constitutionnelle (31).

La tendance au rapprochement du système italien à un modèle de contrôle diffus s'est accentuée au cours des années 2000, sous l'influence du droit de l'UE. Suite à l'intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en droit des traités, en vertu du traité de Lisbonne, on a pu constater un important rapprochement entre les objets du jugement de la Cour constitutionnelle italienne et ceux de la CJUE. Ainsi, en cas de violation d'un droit ou d'une liberté reconnus à la fois par la Constitution et par la Charte européenne, les juges ordinaires italiens préfèrent désormais écarter

directement la norme nationale en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, et saisir éventuellement la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation, plutôt que le juge constitutionnel. Ainsi, ils pallient plus rapidement les violations des droits et ils renforcent davantage leur rôle dans la protection des droits fondamentaux.

La confluence de facteurs internes et externes altère alors davantage le rôle de la Cour constitutionnelle et ses pouvoirs, au point que celle-ci ait souhaité freiner cette transformation, ressentie comme attentatoire à la tradition juridique italienne. En octobre 2017, lors d'une rencontre entre les Cours constitutionnelles de différents pays européens, le juge constitutionnel Augusto Barbera a mis en garde contre les risques d'un glissement subtil d'un contrôle concentré à un contrôle diffus. Sont en jeu, selon lui, la sécurité juridique mais aussi l'identité constitutionnelle italienne, solidement enracinée dans la tradition juridique continentale (32).

Deux mois après, la Cour constitutionnelle italienne a tiré les conséquences de cette réflexion et opéré un revirement important de sa jurisprudence en matière de contrôle de conventionnalité (33). Désormais, lorsque, au cours d'un procès, les juges ordinaires constatent la violation par une norme nationale d'un droit ou d'une liberté consacré à la fois par la Constitution et par la charte de Nice, ils doivent saisir en priorité la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, sans écarter la norme interne au profit de celle européenne (34). Le fondement normatif invoqué est l'article 134 de la Constitution, lequel « place le contrôle de constitutionnalité concentré à la base de l'architecture constitutionnelle » italienne (35). « Les violations des droits de la personne », dit la Cour, « posent la nécessité d'une intervention erga omnes » du juge constitutionnel, afin d'assurer la sécurité juridique et donc la garantie pleine des droits bafoués.

Le juge constitutionnel entend ainsi résister à l'influence européenne qui secoue les fondements de l'organisation constitutionnelle italienne. La Cour ne s'oppose pas rigoureusement à l'intégration d'éléments du contrôle diffus. Elle-même a contribué à ce phénomène. Elle combat plutôt une transformation tendant à dénaturer son rôle en droit interne comme dans l'enceinte européenne. En cassant l'axe direct entre le juge européen et les juges ordinaires, la Cour entend ainsi préserver sa qualité d'interprète d'un système normatif multiniveau de protection des droits fondamentaux, à l'aune d'une conception transformée de la souveraineté.

II. - Les transformations de la conception traditionnelle de la souveraineté étatique

En Italie, comme dans les autres États membres, le processus d'intégration européenne a érodé la conception traditionnelle de la souveraineté étatique. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle italienne s'est imposée en tant que gardienne des éléments ultimes qui composent une souveraineté nationale transformée : les principes suprêmes de la Constitution et les droits inaliénables de la personne. L'élaboration de la théorie des « contre-limites » déjà mentionnée est

ainsi allée de pair avec le choix d'une vision dualiste de la relation entre le droit national et le droit de l'Union (A). À partir des années 2000, l'affaiblissement de l'approche dualiste a accompagné l'affirmation d'une nouvelle vision, celle du pluralisme constitutionnel. Promue par une doctrine influente, cette théorie prône l'idée d'une souveraineté plurielle, organisée autour de la question de la protection des droits fondamentaux (B).

A - Le dualisme en tant qu'instrument de défense de la souveraineté de la Constitution

La notion de souveraineté n'est pas un concept absolu, mais politiquement et historiquement déterminé. Selon la théorie classique, née des traités de Westphalie de 1648, l'exercice de la souveraineté implique que son détenteur ne reconnaisse aucun autre pouvoir qui lui soit supérieur. Or, après la fin de la Seconde Guerre mondiale, cette notion a été profondément remise en cause à la fois par le constitutionnalisme et le processus d'intégration européenne. Dans l'État de droit constitutionnel, en effet, le souverain détient un pouvoir limité par la Constitution. C'est alors la norme constitutionnelle qui est souveraine, et non plus le détenteur du pouvoir politique (36). Quant aux pères fondateurs du projet d'intégration européenne - De Gasperi, Adenauer et Schuman -, ils sont tous trois animés par la même méfiance d'inspiration chrétienne-démocrate vis-à-vis de l'État-nation (37). Les résistances des États, et tout particulièrement de la France, à la création d'une communauté politique qui aurait pu emporter une cession de souveraineté manifeste (38), ont conduit les fondateurs à opter pour une approche fonctionnaliste et pour la construction d'une communauté économique. Toutefois, la décision adoptée lors de la Conférence de 1955, donnant vie, deux ans après, aux traités de Rome, est fondée sur une ambiguïté volontaire quant à la question de la cession des souverainetés nationales. De façon voilée, elle constitue dans les faits le moment fondateur d'un processus d'intégration irréductiblement politique (39).

Les deux conceptions jurisprudentielles, européenne et nationales, qui s'opposent, dès le début des années 60, autour de la relation entre les ordres juridiques sont une manifestation évidente de cette ambiguïté. D'une part, la CJCE définit l'ordre communautaire comme étant d'un nouveau genre en droit international et avance une vision moniste des relations entre ordres juridiques, via l'affirmation de l'effet direct (40) et du principe de primauté du droit communautaire sur toutes les sources du droit national (41). D'autre part, le juge constitutionnel italien, comme son homologue allemand, oppose une vision dualiste des relations entre les deux ordres. Attentive à la préservation de la souveraineté nationale, la Cour réduit le thème des rapports entre les systèmes à une question de répartition de compétences, régie par les principes d'autonomie, de distinction et de coordination (42). À travers la notion de souveraineté étatique, le juge constitutionnel défend la primauté de la Constitution sur les sources supranationales. Le débat s'est ainsi rapidement cristallisé autour de la

question de la sauvegarde des principes fondamentaux et des droits et libertés constitutionnellement garantis vis-à-vis d'un ordre communautaire défaillant en la matière (43).

La Cour constitutionnelle a notamment élaboré la théorie des « contre-limites », qui lui permettent de « contre-limiter » l'étendue de la limitation de souveraineté dérivant de l'adhésion italienne à l'organisation européenne, lorsqu'une norme du Traité instituant la Communauté économique européenne n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de la Constitution et les droits inviolables des individus (44). Les contre-limites sont ainsi conçues comme un instrument à même de rappeler à l'ordre supranational que les États adhérents ont « limité » et non pas « cédé » leur souveraineté. Dans le cadre de cette limitation, ils peuvent s'opposer à l'intégration de règles qui risqueraient de dénaturer les valeurs constitutionnelles qui inspirent les règles du vivre-ensemble national.

Bien qu'au cours des années 2000 la jurisprudence constitutionnelle ait en partie abandonné l'approche dualiste, la théorie des contre-limites, et la question annexe de la souveraineté, ont refait surface tout récemment, dans le cadre de l'affaire Taricco.

Dans ce cadre, la Cour de cassation et une partie de la doctrine ont ravivé un concept de souveraineté s'opposant fermement au principe de primauté européen. Face à l'injonction faite aux juges italiens par la CJUE d'écarter les dispositions italiennes sur l'interruption de la prescription de l'action publique en matière de fraude fiscale, la Cour de cassation a saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle en invoquant l'application des contre-limites vis-à-vis de l'article 325 du TFUE, afin de préserver le principe constitutionnel de légalité en matière pénale.

Dans sa saisine, la Cour de cassation a présenté la théorie des contre-limites comme « l'expression rigoureuse de la souveraineté populaire ». En effet, puisque le peuple n'est pas un sujet de droit international - et que l'acceptation des limitations de la souveraineté est donc le fait de l'État -, « les contre-limites représentent l'instrument constitutionnel pour exercer la souveraineté populaire, qui peut être limitée mais non cédée ; de plus, les limitations ne peuvent pas violer les principes fondamentaux de la Constitution, en altérant ainsi l'identité constitutionnelle de l'ordre national » (45).

Souveraineté, protection des droits fondamentaux et préservation de l'identité constitutionnelle forment donc un tout conceptuel qui résiste à l'influence moniste européenne. Toutefois, ce bloc n'est pas de granit. Bien au contraire, une analyse ultérieure permet de constater que la notion de souveraineté a subi d'autres transformations sous l'effet de la théorie du pluralisme constitutionnel.

B - Le pluralisme constitutionnel et la souveraineté des droits fondamentaux

La vision dualiste des rapports entre les systèmes qui a longtemps caractérisé la jurisprudence constitutionnelle italienne a été érodée progressivement sous l'effet d'une double influence, à la fois interne et externe.

Dès le début des années 1960, en effet, l'approche dualiste de la Cour constitutionnelle n'était pas partagée par l'ensemble des juges ordinaires. En particulier, les juges en début de carrière, peu sensibles à la cause souverainiste, voyaient dans l'intégration européenne un moyen pour faire évoluer leur rôle et de soustraire la magistrature au conservatisme hérité du régime fasciste. Lorsque la Cour constitutionnelle adoptait des décisions réduisant la portée du droit communautaire en droit interne, les juges ordinaires saisissaient alors la CJCE par des renvois préjudiciels, en lui offrant l'opportunité de préciser, et même de construire, progressivement la place du droit communautaire en droit national. C'est ainsi que les conflits internes à l'ordre italien ont conduit à l'élaboration de quelques grands arrêts communautaires, comme l'arrêt *Costa c/ Enel* ou l'arrêt *Simmenthal* (46). Il est ici passionnant de constater à quel point les stratégies nationales peuvent être amenées à faire évoluer les lignes européennes.

La Cour constitutionnelle n'a pas été insensible à la double pression des juges italiens et du juge communautaire. En 1984, en se conformant à la jurisprudence *Simmenthal*, elle a admis que le juge ordinaire puisse écarter la norme nationale incompatible avec le droit communautaire sans besoin de saisir la Cour constitutionnelle au préalable (47). Cet arrêt, bien que rendu sur la base non du principe de primauté mais de celui de la non-interférence des deux systèmes, a conduit, dans les faits, à une intégration accrue du droit communautaire en droit interne.

La ratification du traité de Lisbonne a constitué un nouveau tournant de la conception des rapports entre les systèmes. En 2008, la Cour constitutionnelle n'a plus considéré ces derniers comme étant régis par les principes d'autonomie, de distinction et de coordination, mais par les principes d'autonomie, d'intégration et de coordination (48). Deux ans après, la Cour ne parle plus d'« autonomie » entre les deux ordres juridiques mais, pour la première fois, elle affirme que les normes de l'Union sont contraignantes et de rang supérieur aux lois ordinaires, en vertu des articles 11 et 117 de la Constitution (49).

Du côté de la doctrine, on peut noter l'affirmation de courants favorables au dépassement de la conception traditionnelle de la souveraineté, s'efforçant de lire autrement les rapports entre les systèmes. Au-delà des différences, les dénominateurs communs sont, d'une part, la priorité accordée aux droits fondamentaux et à une protection substantielle de ces derniers et, d'autre part, le rejet de l'idée d'une Union européenne dérivée et dépendante des États membres (50).

Suivant l'évolution de la notion de souveraineté issue du constitutionnalisme, certains auteurs affirment que ce concept ne renvoie plus à la détention d'un pouvoir unique et absolu sur un certain territoire et sur une population déterminée. La souveraineté serait alors davantage à chercher dans la capacité de protéger les droits fondamentaux. Or, à l'heure actuelle, les États ne sont plus en mesure de garantir seuls cette protection (51). Désormais, la garantie des droits passe par un « système » normatif et juridictionnel pluriel, dans lequel tous les juges, nationaux et supranationaux, sont liés par une même volonté de garantir de façon efficace et effective les droits de l'homme (52). Le fondement normatif est alors constitué par une pluralité de sources, constitutionnelle, européenne et internationale, qui s'alimentent et s'intègrent via l'interprétation des juges nationaux et européens. La souveraineté est donc « duale » ou « partagée », étant admis que deux souverainetés, l'une européenne et l'autre nationale, puissent coexister au sein de la même organisation politique (53).

La Cour constitutionnelle intègre en partie ce courant doctrinal dans sa jurisprudence. C'est ainsi qu'en 2014 elle a affirmé que l'interprétation conforme des normes ne peut plus se réduire au cadre national, mais doit intégrer les textes supranationaux ayant fait l'objet de l'adhésion italienne (54). Le « système » de référence du contrôle de constitutionnalité est alors un « système des systèmes », doté d'une structure plurielle et organisé à la fois sur une base hiérarchique et en vertu du critère de la protection la plus intense (55). Pour le juge constitutionnel, les dispositions constitutionnelles et conventionnelles « doivent être prises en compte conjointement pour autoriser cette Cour à effectuer une évaluation systémique et non fractionnée des droits impliqués par la norme analysée, afin d'assurer la garantie la plus étendue de tous les droits et les principes, constitutionnels et supranationaux, considérés dans leur ensemble » (56). Ainsi, les sources demeurent distinctes, mais les normes sont tout naturellement destinées à se mélanger et à constituer un système unique. La solution jurisprudentielle à privilégier est celle qui n'oblige pas l'opérateur à renoncer à l'une des Chartes des droits, mais permet bien davantage de les valoriser et de les appliquer en même temps, au travers d'une interprétation conforme « mutuelle et circulaire » (57).

Si toutefois pour une partie de la doctrine italienne le « système des systèmes » doit être un ensemble normatif pluriel, non hiérarchisé (58), la Cour constitutionnelle continue de défendre la supériorité hiérarchique de la Constitution (59).

C'est ce qu'elle a précisé en 2017 dans le cadre de l'affaire Taricco. Face à la demande de la Cour de cassation d'opposer les contre-limites au droit primaire de l'Union, la Cour constitutionnelle a préféré saisir la CJUE d'une question préjudicielle en promouvant une idée d'intégration européenne différente (60).

Fortement influencée par la pensée de l'un de ses membres, Marta Cartabia, professeure de droit constitutionnel et auteure de nombreux livres et articles sur la question des rapports des systèmes (61), la Consulta reprend dans sa saisine les thèmes chers au courant du « pluralisme constitutionnel

». Cette doctrine, proche du constitutionnalisme global, est issue d'une réflexion sur les transformations induites par le traité de Maastricht et elle s'est développée tout particulièrement dans le cadre de travaux scientifiques promus par l'Institut universitaire européen de Florence. Le pluralisme constitutionnel se présente comme une troisième voie entre le monisme et le dualisme (62). Cette approche garantirait que « l'harmonisation ne néglige pas la diversité, la standardisation ne méprise pas les disparités et, en général, elle n'ignore pas les particularismes » (63). En ce sens, la Cour constitutionnelle rappelle dans sa saisine que la clé du succès de l'intégration européenne réside dans l'obtention d'un équilibre, toujours renouvelé, entre la préservation de la diversité des États, gage de respect réciproque, et la défense de l'unité (64).

L'instrument par excellence du « constitutional pluralism » est la procédure du renvoi préjudiciel, en ce qu'il permet de créer des connexions multiniveaux entre les juges (65). Les Cours constitutionnelles ont non seulement un rôle à jouer dans ce cadre, mais elles deviennent également des acteurs incontournables dans la construction d'un nouveau droit constitutionnel, élaboré à partir des constitutions nationales, des traités européens, des conventions (66). Les questions préjudicielles posées par les Cours constitutionnelles à la Cour de justice permettent, selon la juge Cartabia, de concrétiser un « espace d'interdépendance constitutionnel » (67), dans lequel les raisons de l'unité se composent avec celles de la diversité, et les Juges de la loi deviennent des faiseurs du système européen.

Dans sa saisine de 2017, la Cour constitutionnelle poursuit clairement cet objectif. Elle vise à dépasser les conflits entre les ordres italien et européen en changeant le paradigme des rapports entre les systèmes. La question ne se pose plus en termes de conflit de primauté entre les normes nationale et européenne, mais en termes de protection des droits fondamentaux. Le critère est donc celui de l'application de la norme la plus protectrice, en sachant que les traditions constitutionnelles communes des pays membres alimentent et renforcent le système de protection des droits de l'Union. L'interpénétration entre les systèmes dans le but d'une garantie accrue des droits est donc le mécanisme capable de surmonter les conflits. Des conflits qui naissent justement à cause de choix juridictionnels orientés par la référence à un seul ordre juridique et qui sont donc incapables de prendre en compte l'ensemble des intérêts, nationaux et supranationaux.

En ce sens, le pluralisme diffère du monisme et du dualisme puisque, d'une part, la Constitution nationale demeure centrale en tant que norme-paramètre intégrée au système normatif européen ; d'autre part, le juge constitutionnel garde son rôle en tant qu'interprète de ce système normatif, en contribuant à la construction d'une jurisprudence constitutionnelle européenne.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 décembre 2017 - évoqué plus haut - doit être lu dans ce cadre conceptuel. Rédigé par la juge Marta Cartabia, l'arrêt entend rétablir la compétence de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux poursuivant un but qui est à la fois national et européen. L'application systématique de la Charte européenne par les juges ordinaires, au détriment de la Constitution, ne permet pas d'expulser définitivement de l'ordre juridique une

norme interne à la fois inconstitutionnelle et non conventionnelle. En revanche, l'effet erga omnes conféré aux arrêts du juge constitutionnel est mieux à même de garantir le respect non seulement du droit constitutionnel mais aussi du droit de l'Union (68). Dans la décision, la Cour affirme en outre que, selon les affaires, elle jugera à la lumière des paramètres nationaux et/ou européens, afin de garantir que les droits de la Charte européenne soient interprétés « en harmonie avec les traditions constitutionnelles » (69). La Cour confirme ainsi son choix de fonder ses décisions sur une base normative plurielle, bien que hiérarchisée. De même, comme évoqué dans l'affaire Taricco, elle manifeste sa volonté de contribuer à la construction jurisprudentielle et collective d'un droit européen des droits fondamentaux respectueux de la diversité, qui puise ses sources dans les traditions constitutionnelles des pays membres.

En conclusion, le droit de l'Union européenne a joué un rôle déterminant dans la transformation des paradigmes traditionnels de la culture publiciste italienne. Parfois en tant qu'élément déclencheur, d'autres fois en tant que facteur supplémentaire, d'autres encore en tant qu'agent « irritant », le droit de l'Union interagit avec un ordre national qui ne subit jamais passivement son influence. En effet, ce n'est que de l'échange, de la confrontation entre les ordres juridiques que des catégories juridiques renouvelées peuvent naître et être acceptées. Pour s'affirmer, elles doivent se montrer capables d'intégrer les changements, tout en préservant les matrices philosophico-politiques qui structurent l'État de droit constitutionnel italien.

Notes de bas de page

- (1) V. CJUE, 18 déc. 2014, avis n° 2/13, pt 172, AJDA 2015. 329, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler ; D. 2015. 75, obs. O. Tambou ; RTD civ. 2015. 335, obs. L. Usunier ; RTD eur. 2014. 823, édito. J. P. Jacqué .
- (2) E. Picard, L'état du droit comparé en France en 1999, RIDC 1999. 894.
- (3) E. Zoller, Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ?, Droits, n° 32, 2000. 132.
- (4) A. Esmein, Le droit comparé et l'enseignement du droit, in Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents, I, 1905. 445.
- (5) V., R. David, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 1964.
- (6) Selon David : La notion de « famille de droit » ne correspond pas à une réalité biologique ; on y recourt seulement à un fin didactique, pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits, Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit., p. 22. En ce sens aussi K. Zweigert et H. Kotz, Introduzione al diritto comparato, I, trad. de l'allemand par B. Pozzo, Milan, Giuffrè, 1998. 91.
- (7) L'expression est utilisée in K. Zweigert et H. Kotz, Introduzione al diritto comparato, op. cit., p. 83.
- (8) J. M. Smits, The Europeanisation of National Legal Systems : Some Consequences for Legal Thinking in Civil Law Countries, in M. Van Hoecke, Epistemology and Methodology of Comparative Law, Portland, Hart Publ., 2004. 231.
- (9) G. Alpa, Il diritto giurisprudenziale e il diritto « vivente ». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici ?, Sociologia del diritto, n° 3, 2008. 86.

(10) Cour const., arrêt n° 3/1956. Sur la doctrine du droit vivant v. C. Severino, La doctrine du droit vivant. Étude de contentieux constitutionnel comparé franco-italien, PUAM-Economica, 2003.

(11) CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal.

(12) Cour const., arrêt n° 170/1984, Granital.

(13) Cour const., arrêt n° 113/1985 (relatif aux arrêts interprétatifs de la CJUE prononcés suite à une question préjudicielle), et Cour const., arrêt n° 389/1989 (relatif aux arrêts de la CJUE prononcés dans le cadre contentieux).

(14) Cour const., arrêt n° 113/2011 ; Cour const., ord. n° 150/2012 ; Cour const., arrêt n° 210/2013.

(15) Guido Alpa affirme en 2008 que, « à l'heure actuelle, l'ordre juridique italien doit être défini plutôt comme “mixte” ou “élastique” » (Il diritto giurisprudenziale e il diritto « vivente ». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici ?, préc., p. 49). En ce sens aussi : R. Romboli, Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed. alla disciplina dell'ordinamento giudiziario, Rivista AIC, 2005, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice/index.html

(16) J. M. Smits, The Europeanisation of National Legal Systems, préc., p. 236.

(17) Cour cass., ass. plén., pén., arrêt n° 18288, Beschi, 21 janv. 2010, n° 246651, in C.e.d. Cass.

(18) Nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique ? », RFDC 2013. 717-734.

(19) Cour cass., ass. plén., pén., arrêt Beschi, préc., pt 6.

(20) Cour const., arrêt n° 230/2012.

(21) Ibid., consid. 7.

(22) P. Deumier et T. Revet, Sources du droit, in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003. 1432.

(23) CJUE, 8 sept. 2015, aff. C-105/14, Taricco, RTD eur. 2016. 77, obs. D. Berlin . Dans cet arrêt, la CJUE impose aux juges italiens d'écartier les normes pénales sur la prescription de l'action publique dans les cas de fraudes fiscales graves, en vertu de l'art. 325 TFUE. V., N. Perlo, La voie italienne pour préserver la collaboration des juridictions dans l'Union européenne. Étude sur l'affaire Taricco, RTD eur. 2017. 739-768 .

(24) Théorie élaborée par la Cour constitutionnelle italienne à partir de l'arrêt n° 183/73 du 27 déc. 1973, Frontini et Pozzani, consistant à contre-limiter les limitations de souveraineté auxquelles l'Italie a consenti en vertu de principes constitutionnels suprêmes de l'ordre juridique italien.

(25) Cour cass., sect. 3 pén., ord. n° 28346/16, 8 juill. 2016, www.penalecontemporaneo.it/upload/1468419448ordinanza_qlc_28346_2016.pdf, pt 4.2.6., p. 32.

(26) Ibid., pt 4.5, p. 40.

(27) Cour const., ord. n° 24/2017, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do, pt 9, p. 11.

(28) CJUE, gr. ch., 5 déc. 2017, aff. C-42/17, M.A.S. et M.B., AJDA 2018. 615, étude Jordane Arlettaz ; RTD eur. 2018. 173, obs. L. d'Ambrosio et D. Vozza ; ibid. 475, obs. A. Maitrot de la Motte .

(29) V. parmi d'autres : G. Tusseau, Contre les « modèles » de justice constitutionnelle : essai de critique méthodologique, Bologne, BUP, 2009 ; L. Favoreu et W. Mastor, Les cours constitutionnelles, Dalloz, 2016. 2-3.

(30) Cour const., arrêt n° 356/1996, pt 4.

(31) En ce sens parmi d'autres : M. d'Amico et B. Randazzo, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Turin, Giappichelli, 2009.

(32) A. Barbera, *La Carta dei diritti : per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, *Rivista AIC*, n° 4/2017, www.rivistaaic.it/la-carta-dei-diritti-per-un-dialogo-fra-la-corte-italiana-e-la-corte-di-giustizia.html, p. 8.

(33) Cour const., arrêt n° 269/2017.

(34) La Cour constitutionnelle précise que cela s'impose indépendamment du fait que la norme européenne soit directement applicable. En faisant expressément référence au droit français et à l'arrêt Melki de la CJUE, la Cour constitutionnelle souligne que la CJUE a affirmé que le droit de l'Union ne fait pas obstacle au caractère prioritaire du jugement de constitutionnalité, à la condition que cette priorité soit accompagnée de la garantie pour les juges nationaux de pouvoir saisir la CJUE à tout moment de la procédure. En ce sens, la Cour n'exclut pas que, si nécessaire, les juges italiens puissent saisir la Cour d'un renvoi en interprétation ou en validité concernant le droit de l'Union. Cour const., arrêt préc., pt 5.2.

(35) Ibid.

(36) V., G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Turin, Einaudi, 2009. 118-135.

(37) J.-W. Müller, *L'enigma democrazia. Le idee politiche dell'Europa del novecento*, trad. L. Giacone, Turin, Einaudi, 2012. 199 s.

(38) Le vote négatif de l'Assemblée nationale française à la création d'une Communauté européenne de défense en 1954 marque notamment un temps d'arrêt important pour la construction d'une Communauté politique européenne. Sur les débats, v. : R. Aron et D. Lerner, *La querelle de la CED*, Cahiers de la Fondation nationale des sciences politiques, n° 80, 1956.

(39) S. Mangiameli, Crisi del costituzionalismo e sovranità in Europa, in A. Ciancio (dir.), *Le trasformazioni istituzionali a 60 anni dai Trattati di Roma*, Turin, Giappichelli, 2017. 139.

(40) CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos*.

(41) CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ Enel*, et arrêt *Simmenthal*, préc.

(42) Cour const., arrêts *Frontini* et *Granital*, préc.

(43) *Ibid.*

(44) Cour const., arrêt *Frontini*, préc.

(45) Cour cass., ord. n° 28346/16, préc., pt 4.1.

(46) Préc.

(47) Cour const., arrêt *Granital*, préc.

(48) Cour Const., arrêt n° 102 et ord. n° 103, 13 févr. 2008.

(49) Cour const., arrêt n° 28/2010, *Ceneri di pirite*.

(50) En cela la Cour constitutionnelle italienne n'adhère pas à la thèse défendue par la Cour constitutionnelle allemande, v. les arrêts *Maastricht* en 1992 (BVerfGE 89, 155) et *Lisbonne* en 2009 (BVerfGE 123, 267).

(51) S. Mangiameli, préc., p. 168.

(52) Parmi d'autres : A. Ruggeri, L'interpretazione conforme e la ricerca del « sistema di sistemi » come problema, Rivista AIC, n° 2/2014 ; M. Cartabia, A Pluralistic Europe of Rights in The European Court of Justice and the Autonomy of the Members States, Cambridge, Intersentia, 2012. 259-277.

(53) S. Mangiameli, préc., p. 166.

(54) Cour const., arrêt n° 191/2014.

(55) Sur ce point, déjà Cour const., arrêt n° 317/2009.

(56) En ce sens aussi la relation du président de la Cour relative à la jurisprudence de 2013, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/RelazioneGiur_20140227.pdf

(57) A. Ruggeri, Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU, www.giurcost.org/studi/ruggeri39.pdf

(58) V. not. A. Ruggeri, La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti, Rivista AIC, n° 2/2011.

(59) Pour une présentation de cette jurisprudence, nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, Les juges italiens et la Cour européenne des droits de l'homme : vers la construction d'un système juridique intégré de protection des droits, in X. Magnon, W. Mastor (et alii) (dir.), L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales, Bruylant, 2016. 150-157.

(60) Cour const., ord. n° 24/2017, préc.

(61) Ex plurimis : M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995 ; M. Cartabia (dir.), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007 ; M. Cartabia et A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, 2015.

(62) Marta Cartabia parle de « constitutional pluralism approach » in Europe as a Space of Constitutional Interdependence : New Questions about the Preliminary Ruling, *German Law Journal*, vol. 16, n° 6, 2015. 1791-1796.

(63) Ibid., p. 1793.

(64) Cour const., ord. n° 24/2017, préc., pt 6.

(65) M. Cartabia, Europe as a Space of Constitutional Interdependence : New Questions about the Preliminary Ruling, préc., p. 1794.

(66) Ibid., p. 1791 et 1795.

(67) Ibid., p. 1791.

(68) A. Barbera, *La Carta dei diritti : per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, préc. ; Cour const., arrêt n° 269/2017.

(69) Cour const., n° 269/2017, pt 5.2.