



HABILITATION À DIRIGER LES RECHERCHES

Présentée par

Nicoletta PERLO

Maître de conférences de droit public
Université Toulouse I Capitole
Institut de recherche en droit européen international et comparé

LA CONSTRUCTION D'UN DROIT EUROPÉEN DES DROITS FONDAMENTAUX À TRAVERS LE DIALOGUE DES JUGES. LA CONTRIBUTION DE LA DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE ITALIENNE

Membres du jury :

Marc BLANQUET, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole
Baptiste BONNET, Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne
Tania GROPPi, Professeur à l'Université de Sienne, Italie
Xavier MAGNON, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Wanda MASTOR, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole (Directrice des travaux)
Marie-Claire PONTTHOREAU, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Le 15 janvier 2021

Mes plus chaleureux remerciements à Mme Wanda Mastor qui a accepté d'être le « garant » de ce travail de recherche avec l'enthousiasme, la passion et la bienveillance qui la caractérisent.

Je remercie infiniment mes « anges gardiens », Julia Schmitz et Aurore Gaillet, qui avec leur relecture attentive et critique et les échanges stimulants que nous avons eu tout au long de ce travail ont contribué de façon déterminante à ma réflexion.

Merci à Simone, Lucio et Susanna d'être là, à mes côtés, sempre.

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie

LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX À L'ORIGINE DES BOULEVERSEMENTS DE LA TRADITION JURIDIQUE ROMANO-GERMANIQUE

Titre I - Les confluences des traditions juridiques

Chapitre 1. L'attribution de la valeur normative au droit jurisprudentiel de la Cour EDH

Chapitre 2. Vers un contrôle de constitutionnalité diffus

Titre II - Les résistances à la subversion de la tradition civiliste

Chapitre 1. Les limites à la reconnaissance de la valeur normative du droit jurisprudentiel

Chapitre 2. L'opposition au processus de diffusion du contrôle de constitutionnalité

Seconde Partie

L'ESQUISSE D'UN MODÈLE D'ARTICULATION DES SYSTÈMES PAR LA DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE ITALIENNE

Titre I - Penser en fonction de l'ordre juridique d'appartenance : la doctrine dualiste

Chapitre 1. Le dualisme anzilottien à l'épreuve des nouveaux ordres européens

Chapitre 2. L'hybridation du dualisme anzillotien

Titre II - Penser au-delà de l'ordre juridique d'appartenance : le pluralisme constitutionnel

Chapitre 1. Une procédure fondée sur le conflit constructif entre les juridictions internes et supranationales

Chapitre 2. Un critère matériel phare : *la massima espansione delle garanzie*

INTRODUCTION

Ce travail de recherche a été pensé en fonction de l'obtention du diplôme de l'Habilitation à diriger des recherches. Il constitue le développement d'une thématique à laquelle nous avons consacré plusieurs articles dans les huit dernières années.

Cette étude toutefois n'est pas une compilation des travaux que j'ai effectué en la matière, mais plutôt une contribution nouvelle qui, à partir des recherches réalisées, entend approfondir certains aspects, traiter *ex novo* d'autres problématiques, préciser la posture théorique et, en perspective, lancer des pistes pour des développements futurs.

En raison des attendus spécifiques de l'Habilitation à diriger des recherches, à titre introductif, nous souhaitons tout d'abord expliquer les raisons personnelles et scientifiques qui nous ont conduit à choisir ce thème de recherche, parmi ceux que nous avons développé en parallèle, au cours de ces années (I). Aux raisons personnelles s'ajoute bien évidemment un intérêt scientifique qui justifie le choix d'un thème, celui du développement d'un droit européen de la protection des droits fondamentaux, et d'un pays, l'Italie (II). L'analyse des problématiques traitées permettra ensuite d'indiquer, d'emblée, les thèses et les convictions que je défends au cours de cette recherche (III). Enfin, nous expliquerons en quoi la méthode comparative est un outil privilégié pour étudier les rapports entre les systèmes (IV).

I. « Qui suis-je ? » Du droit public du cinéma aux rapports entre les systèmes en passant par le pluralisme

Au cours de mes activités de recherche en droit public comparé, je me suis intéressée à des thèmes aussi variés que le cinéma, la culture, la religion, le terrorisme, la justice (constitutionnelle comme administrative, françaises et italiennes), les transitions constitutionnelles, les constitutions provisoires, la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne et au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, les rapports entre les ordres juridiques et les rapports entre l'État central, les entités territoriales et les individus à l'aune du principe de la subsidiarité horizontale.

Au-delà de la curiosité quelque peu impatiente qui peut me caractériser, et qui explique mon exigence de diversifier les axes de recherche, un fil rouge relie tous mes travaux : la volonté de réfléchir aux conditions et aux modalités juridiques de la cohabitation harmonieuse entre les individus au sein des démocraties pluralistes, désormais inéluctablement intégrées dans des ordres multi-niveaux. Cette réflexion s'articule principalement autour de l'étude de la reconnaissance et de la garantie des droits et des libertés fondamentaux, à l'aune du principe du pluralisme, dans les États de droit constitutionnel¹. Deux thèmes forts déterminent ainsi le choix de mes thèmes de mes recherches : le pluralisme et le constitutionnalisme des libertés.

¹ Cette expression est issue de la formule italienne : « *Stato costituzionale di diritto* », très largement utilisée par la doctrine italienne pour indiquer la transformation de l'État libéral, où la loi était souveraine, en État de droit constitutionnel, où la Constitution est la norme suprême. V. B. Celano, « Diritti, Principi e Valori Nello Stato Costituzionale di Diritto:

La **notion de pluralisme** a été cruciale dans le développement de ma réflexion. La perspective que j'ai adoptée pour appréhender ce concept a été fortement influencée par la conception constitutionnelle italienne, laquelle se distingue nettement de celle élaborée aux États-Unis. En effet, si les penseurs américains conçoivent le pluralisme comme une théorie de la limitation du pouvoir², ou développent une théorie très poussée des groupes comme acteurs du processus gouvernemental³, en Italie la pensée du pluralisme est orientée par le mouvement culturel de matrice catholique du personalisme. À la suite d'Emmanuel Mounier, qui en est l'un des représentants les plus éminents, il s'agit notamment d'adopter une vision « communautaire » de l'homme et de la société. Chaque individu est conçu non de façon abstraite, mais par rapport aux relations sociales concrètes au sein desquelles il développe son parcours de vie. C'est en ce sens qu'en 1946 les constituants italiens adhèrent à une vision pluraliste de la société : une société conçue non comme la somme des individus soumis indifféremment à la même loi, mais comme le résultat de plusieurs réalités sociales distinctes. Il ne s'agit pas d'un retour à la société des classes de l'Ancien Régime. Chaque individu n'est pas limité par son appartenance à un groupe, mais il choisit librement dans quelles communautés développer ses capacités⁴. L'État se charge alors de prendre en compte les besoins différents des individus « situés » dans la société. En ce sens, le pluralisme italien rejoint l'idée d'un État interventionniste, à la fois force motrice de la transformation sociétale et promoteur de la diversité et du désaccord en tant que valeurs à même d'enrichir l'individu et la « cité politique » dans laquelle il vit.

Le second thème est relié au premier, en ce qu'il le présuppose. Le **constitutionnalisme des libertés** représente une évolution de la pensée constitutionnaliste qui se produit tout particulièrement dans l'Europe continentale, après la Seconde Guerre mondiale. De technique normative pour la limitation juridique du pouvoir, la constitution devient avant tout une table de valeurs partagées, fondatrice d'intégration au sein de sociétés plurielles et diversifiées. L'échec des États libéraux qui, dans les années 1920 et 1930, n'ont pas su faire obstacle à l'affirmation des régimes autoritaires et totalitaires, est en effet propice à de nouvelles réflexions autour de la place de la justice dans le droit. Désormais, la question ne se pose plus en termes de « législateur juste », mais de « loi juste ». La constitution est l'instrument qui permet d'opérer ce passage conceptuel fondamental. L'inscription en son sein de catalogues de droits et de libertés fondamentaux fait de ce texte l'assise, non plus seulement de la légalité, mais aussi de la légitimité. L'ensemble de l'ordre juridique, y compris les lois antérieures, doivent se conformer aux principes et valeurs exprimés par le texte constitutionnel. Ces principes et valeurs, supposés légitimes, transmettent leur légitimité aux actes qui y sont conformes, dès lors qu'ils sont issus du compromis fondamental entre les

Tre Ipotesi di Ricostruzione », *Diritto & Questioni Pubbliche*, n°34, 2004; E. CHELI, « Lo “Stato costituzionale”, forma dell'ordinamento italiano », in *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 49 ss. ; F. Viola (dir. par), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012 ; M. Luciani, « Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale », *Rivista AIC*, n°4/2014, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2014_Luciani.pdf ; V. Baldini, « Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi », *Diritti fondamentali online*, n°1/2018, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Baldini-Lo-Stato-costituzionale-di-diritto-e-il-ruolo-del-giudice.pdf>.

² R. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally, 1967

³ A. F. Bentley, *The Process of Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1908 ; D. B. Truman, *The Governmental Process*, New York, Knopf, 1951.

⁴ G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei : saggio sulla società multi-etnica*, Milano, Rizzoli, 2000 ; F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali : i paradossi dell'integrazione*, Torino, Giappichelli, 1999 ; G. Zagrebelsky, *Questa Repubblica*, Firenze, Le Monnier, 2000, p. 103; V. Crisafulli, « Pluralismo », in *Stato, popolo, governo – Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 325 ss.

forces idéologiques et politiques en présence. Le juge constitutionnel est au cœur de cette construction et tire sa légitimité de législateur négatif lorsqu'il assume pleinement son rôle de protecteur et garant du caractère pluraliste des droits et des libertés reconnus par la constitution. Encore une fois, l'expérience constituante italienne, ainsi que l'œuvre de constitutionnalisation de l'ordre juridique italien accompli par la Cour constitutionnelle, ont marqué profondément ma réflexion en la matière.

Intéressée par les questions impliquées par ces deux thèmes, mes recherches se sont d'abord concentrées sur des droits et des libertés fondamentaux spécifiques. Il s'agissait notamment d'observer si et comment, au sein d'une société démocratique, les conflits entre les droits peuvent s'agencer sur la base d'une idée du « vivre ensemble », respectueuse du pluralisme culturel, religieux, politique et social⁵.

Au cours de ces recherches, le constat de l'influence déterminante des ordres européens – de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme – sur l'évolution de la protection des droits et des libertés m'a conduite à élargir mes perspectives. À la société politique nationale se superpose, désormais, une société politique européenne et internationale dont le ciment est, notamment, la culture partagée des droits et des libertés. Pareille internationalisation des droits, et la protection multi-niveaux qui lui est associée, engendrent une dynamique d'influence réciproque entre les États et les organisations internationales, contribuant au renforcement des instruments de garantie et à la diffusion de modèles homogènes de droits et libertés. En ce sens, au XXI^e siècle, les droits des individus constituent la véritable force motrice d'un constitutionnalisme renouvelé.

Bien évidemment, il s'agit de tendances qui font face à de nombreux obstacles, à la fois juridiques et politiques. Et c'est là justement que la recherche devient passionnante. À la difficulté de trouver des équilibres nationaux et supranationaux entre des droits et des libertés en conflit s'ajoutent, en effet, les résistances des États aux limitations de leur souveraineté.

En ce sens, le principe du pluralisme, complété par celui de la subsidiarité, semble ouvrir des solutions intéressantes pour résoudre les conflits inter-systémiques. Dans le cadre de mes recherches sur les rapports entre les systèmes, j'ai dès lors développé ma réflexion sur le pluralisme, élargi par la superposition de plusieurs niveaux et ordres juridiques, au sein de l'espace constitutionnel européen.

⁵ En ce sens nous nous permettons de renvoyer aux travaux suivants : *Le droit public du cinéma en France et en Italie*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, II tomes, 764 p. ; N. AMROUCHE, R. MATHIEU, N. PERLO [et al.] (dir.), *Censures, les violences du sens*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence (PUP), 2011, 288 p. ; S. CATALANO, N. PERLO, *Le rôle des juges face aux crises migratoire, sécuritaire et économique en France et en Italie*, Cahiers Jean Monnet, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, n°7, 2020 ; « L'exposition du crucifix dans les bâtiments publics italiens », *Annuaire Droit et Religion*, 2006-2007, volume 2, tome 1, p. 473-495. Cet article est co-écrit avec M. Franck BIGLIONE ; « Terrorismo e libertà di stampa: un'analisi della legislazione e della giurisprudenza statunitense e francese dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre », in S. LORENZON (dir.), *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, Rome, Aracne, 2008, p. 281-292 ; « La place des associations religieuses dans les débats de société », in N. PERLO (dir.), *Les associations, acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 181-197 ; « Le principe de subsidiarité horizontale et la garantie des droits-créances en Italie », *Revue européenne de droit public*, n°4, 2013, p. 1725-1761 ; « Le principe de subsidiarité horizontale : un renouvellement de la relation entre l'Administration et les citoyens. Étude comparée franco-italienne », *Revue internationale de droit comparé*, n°4, 2014, p. 983-1000 ; « Les libertés universitaires à l'épreuve des régimes autoritaires. Le cas des douze professeurs italiens qui dirent non à Mussolini », in M. TOUZEIL-DIVINA, *Liberté(s)! En Turquie ? En Méditerranée !*, éd. l'Épilogue, LGDJ, 2018.

II. L'intérêt d'une recherche sur les rapports entre les systèmes italien et européens

Une fois ma thèse de doctorat soutenue, la lecture d'une décision de la Cour constitutionnelle italienne (*Consulta*), rendue en 2012, a retenu toute mon attention⁶. Il s'agissait d'une affaire, en soi, toute italienne, mais qui présentait une dimension européenne très prometteuse. Elle illustrait l'opposition en cours entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle italiennes sur le niveau d'intégration à accorder à la Convention EDH. Au-delà, les deux juges suprêmes défendaient deux approches différentes de la protection des droits fondamentaux : d'une part, le juge de cassation choisissait une approche substantielle et globale, prônant l'ouverture de l'ordre italien à l'ordre supranational sur la base du méta-principe de la protection la plus intense des droits fondamentaux ; d'autre part, le juge constitutionnel avançait une approche formelle et dualiste, en réaffirmant, d'une part, le rôle essentiel du parlement dans l'élaboration de la loi et, d'autre part, le maintien d'une distinction entre les ordres juridiques.

Cette confrontation révélait également l'existence d'un conflit entre deux traditions juridiques différentes : la Cour de cassation, en exaltant le rôle normatif des juges, semblait se rapprocher de la tradition juridique de *common law* ; la *Consulta*, en revendiquant le rôle normatif exclusif du législateur, défendait la tradition italienne de *civil law*.

Voici posées, dans cette affaire, la plupart des problématiques qui allaient occuper la jurisprudence italienne dans les années suivantes et qui, en impliquant tout aussi les juges européens, ont conduit *in fine* à des revirements exceptionnels.

L'arrêt de 2012 constitue en effet la résistance ultime de la Cour constitutionnelle italienne à une vague qui, très rapidement, aurait pu la renverser : un dernier « barrage contre le Pacifique »⁷. Toutefois, au lieu de se faire renverser, la Cour constitutionnelle a décidé de dominer cette vague et de l'accompagner en la maîtrisant, afin de préserver et de valoriser le patrimoine constitutionnel italien dans le nouvel espace européen de la protection des droits.

En ce sens, à partir de 2012, par une succession accélérée d'arrêts et d'ordonnances, la jurisprudence constitutionnelle en matière de rapports entre les systèmes a connu des transformations radicales. Par rapport à l'ordre de la Convention EDH, la Cour a accepté de reconnaître la valeur normative, et donc l'effet direct, de certains arrêts de la Cour EDH. Concernant l'ordre de l'Union européenne, le juge constitutionnel s'est imposé en tant qu'interlocuteur privilégié de la Cour de Luxembourg et, par ce biais, il s'est affirmé en tant que faiseur du système européen de protection des droits. L'attitude générale de la Cour a été celle d'une ouverture à une confrontation ferme mais constructive avec les cours européennes, dans le but d'élaborer des compromis autour des standards de protection européens, capables de préserver la tradition constitutionnelle italienne.

Mon intérêt pour ce thème a donc progressé au fil des arrêts de la Cour constitutionnelle italienne.

Je me suis rendue compte, en effet, qu'à travers l'expérience italienne, pouvaient être observés les effets bouleversants que le Traité de Lisbonne, et tout particulièrement l'acquisition

⁶ Cour const. it., arrêt n°230/2012.

⁷ Nous nous permettons de renvoyer à : « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un "barrage contre le Pacifique ?" », *Revue française de droit constitutionnel*, n°95, juill. 2013, p. 717-734

de la valeur juridique par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ont produit sur les systèmes de protection nationale des droits fondamentaux⁸ : la montée en puissance du droit jurisprudentiel, la marginalisation des cours constitutionnelles au profit des juges ordinaires, la remise en cause du contrôle de constitutionnalité concentré, les menaces pour la sécurité juridique nationale et pour des standards de protection inscrits dans les traditions constitutionnelles des États. L'ensemble de ces bouleversements frappe par son ampleur et indique le caractère à la fois culturel et juridique des conflits en cours.

En étudiant les affaires italiennes, j'ai constaté qu'il ne s'agissait pas de jurisprudences isolées, mais de décisions cohérentes qui révélaient un changement de cadre théorique. La perspective dualiste, qui avait jusque-là inspiré la réglementation des rapports entre les systèmes, était progressivement abandonnée, au profit d'une perspective nouvelle, celle du pluralisme constitutionnel. Cette dernière théorie tente de fournir des solutions concrètes aux conflits entre les normes et entre les cours en Europe, à travers la recherche d'un équilibre entre l'intégration des ordres juridiques et la préservation de leur individualité.

Le cas italien se révèle alors également intéressant au regard du choix théorique que les juges ont opéré. Le contexte juridictionnel européen actuel est en effet marqué plutôt par des attitudes de « désobéissance institutionnelle » de la part des juges nationaux vis-à-vis des bouleversements provoqués par l'intégration des ordres européens⁹. La Cour constitutionnelle italienne choisit quant à elle la voie de « la collaboration constructive et loyale entre les systèmes de garantie (...) afin que la protection maximale des droits soit assurée au niveau systémique »¹⁰. Et même, prise par un élan presque messianique, sa jurisprudence tend à exhorter les autres cours constitutionnelles « à valoriser le dialogue » avec les cours européennes¹¹.

Mon ambition serait, à l'avenir, d'analyser de façon plus approfondie les jurisprudences d'autres cours constitutionnelles, allemande, belge et autrichienne notamment – cours auxquelles

⁸ Pour une analyse sur les effets du développement des droits fondamentaux en France v. : J.-B. Jacob, « L'engendrement des droits fondamentaux en France », *RDLF*, 2020 chron. n°69, <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/lengendrement-des-droits-fondamentaux-en-france/>; E. Dubout, S. Touze, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in Id. (dir. par), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2009 ; v. aussi le constat fait en 2008 par le conseiller d'État Matthias Guyomar sur le pluralisme normatif in concl. Sur CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, *RFDA*, 2008, p. 575.

⁹ V. Cour suprême du Danemark, Case n° 15/2014, *Dansk Industri [DI] acting for Ajos A/S vs. The estate left* ; République tchèque, v. J. Komarek, « Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution », *Eutopia Law*, 28 fév. 2012 ; L. Pitrova, « The Judgment of the Czech Constitutional Court in the “Slovak Pensions” Case and its possible Consequences », *www.ilaw.cas.cz/tlq*, 2013, n°2, 101 ; Cour constitutionnelle belge, 28 avr. 2016, arrêt 62/2016 ; Cours hongroises et polonaises, v. G. Tusseau, « Le constitutionnalisme européen aux prises avec la « désobéissance institutionnelle » des juges nationaux », *RFDA*, 2013. 141G ; E. Bodnar, F. Gardos-Orosz et Z. Pozsar-Szentmiklosy, *Developments in Hungarian Constitutional Law : The Year 2016 in Review*, www.iconnectblog.com/2017/12/developments-in-hungarian-constitutional-law-the-year-2016-in-review/ ; BVerfG, décision de renvoi OMT du 14 janvier 2014 (134, 366). V. : H. Gaudin, « L'affaire OMT devant son (ses ?) juge(s) », *AJDA*, 2016, p. 1050 ; BVerfG, déc. 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14. V. : A. Gaillet, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen », *AJDA*, n°20/2016, 6 juin 2016, n°1112 ; Tribunal constitutionnel allemand, 2 BvR 2728/13, 21 juin 2016, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html ; BVerfG, 18 juill. 2017, 2 BvR 859/15 ; BVerfG, 5 mai 2020, pour un premier commentaire, v. F. Martucci, « La BCE et la Cour constitutionnelle allemande », *Le Club des juristes*, <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-bce-et-la-cour-constitutionnelle-allemande-comprendre-larret-du-5-mai-de-la-cour-constitutionnelle-allemande/>

¹⁰ Cour const. it., arrêt n°269/2017.

¹¹ *Ibid.*

je me réfère de façon occasionnelle dans cette recherche – afin d’apprécier, à la fois, leur réactions particulières et l’effet d’émulation que celles-ci génèrent entre les cours.

Malheureusement, le cas français, pour l’heure présente moins d’intérêt¹². Dès lors en effet que le Conseil constitutionnel demeure fidèle à la jurisprudence IVG¹³, laquelle le prive de toute compétence en matière de contrôle de conventionnalité, son rôle dans l’arène juridictionnelle européenne reste marginal, avec des conséquences importantes, par ailleurs, en droit interne¹⁴. Notamment, cela réduit sensiblement la portée de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁵, puisque le contrôle de conventionnalité, exercé directement par les juges ordinaires, finit par devancer le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*¹⁶. En revanche, la ratification du Protocole n°16 à la Convention EDH par la France est très prometteur s’agissant du dialogue avec la Cour européenne des droits de l’homme. La première demande d’avis consultatif a été posée par la Cour de cassation française dans le cadre de l’affaire *Mennesson* et le Conseil constitutionnel pourrait également se prévaloir de cette prérogative dans le futur.

III. Problématique

L’intitulé de mon étude sous-tend trois thèses - ou convictions -, qui ont une influence importante sur la façon de mener mon analyse juridique : la construction d’un droit européen des droits fondamentaux est en très grande partie de nature prétorienne (1) et elle se réalise à travers un « dialogue » (2), lequel valorise les « doctrines jurisprudentielles » des cours (3).

1. La construction prétorienne d’un droit européen des droits fondamentaux

Ma réflexion se développe, tout d’abord, à partir d’un constat : la protection des droits fondamentaux en Europe est désormais attirée dans l’orbite d’un constitutionnalisme « inter-

¹² Bien qu’une réflexion très riche existe sur les transformations en cours de l’ordre juridique français sous l’effet de l’eupéanisation de la protection des droits fondamentaux. V. *ex multis* : J. Andriantsimbazovina, C. Blumann, H. Gaudin, F. Picod, « Question prioritaire de constitutionnalité et droits européens », *ADE*, 2012, p. 3-149 ; B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, en part. p. 92 ss. ; J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, « Repenser le bloc de constitutionnalité sous l’effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité », in B. Bonnet (dir. par), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 409 ; G. Canivet, « Constitutions nationales et ordre juridique communautaire. Contre-Éloge de la tragédie », in *Mél. en l’honneur de Ph. Manin, L’Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, 2010, p. 611 ss. ; M. Guyomar, « La recherche de l’harmonie entre normes internes et européennes : repenser l’équivalence », in B. Bonnet (dir. par), *op. cit.*, p. 585 ss. ; X. Magnon, « La QPC face au droit de l’Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC*, 2010/4, n°84, p. 761 ss.

¹³ CC, déc. n°74-54 DC, 15 janv. 1975, *IVG*. Baptiste Bonnet, dans une note relative à la décision du Conseil constitutionnel n°2017-749 DC du 31 juill. 2017 a entrevu un changement possible de cette jurisprudence. V. B. Bonnet, « Le Conseil constitutionnel et le CETA », *AJDA*, 23 oct. 2017, n°35, 2008.

¹⁴ Nous nous permettons de renvoyer à : F.-X. Millet, N. Perlo, « The first preliminary reference of the French Constitutional Council to the European Court of Justice : révolution de palais or revolution in french constitutional law ? », *German Law Journal*, n°6, 2015, p. 1471-1490.

¹⁵ V. J. Bonnet, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essai, 2015, pp. 197-220.

¹⁶ En ce sens, la conclusion de l’affaire relative à la conformité de l’organisation de la garde à vue française à l’article 6§1 de la Convention a montré que les cours suprêmes peuvent faire primer les arrêts de la Cour EDH sur les décisions QPC du Conseil constitutionnel. Selon la Cour de cassation : « les États adhérant à la CEDH doivent respecter les décisions de la Cour EDH sans attendre d’avoir été attaqués devant elle ni d’avoir modifié leur législation ». Cour cass., Ass. plén., arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (10-17.049).

niveaux » et relève de la compétence d'une triade de cours, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union et les cours constitutionnelles nationales.

Une première précision terminologique s'impose. Le terme constitutionnalisme « inter-niveaux » est privilégié, en lieu et place de celui de « *multi-level constitutionalism* », rendu célèbre par l'article fondateur d'Ingolf Pernice¹⁷. Tandis que ce dernier renvoie à l'idée d'une superposition d'ordres juridiques, l'idée d'un « inter-niveaux » fait en effet émerger, non seulement la pluralité des sujets dans l'espace juridique européen, mais aussi les relations complexes et riches qui les unissent¹⁸.

Or, le « **droit européen des droits fondamentaux** » est constitué par une pluralité de sources juridiques, nationales, les Constitutions, et supranationales, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales. Ces textes bénéficient d'une légitimité démocratique différente : les constitutions et la Charte UE ont été rédigées par des instances « constituantes »¹⁹, alors que la Convention EDH est un instrument de droit international dont le caractère démocratique indirect est issu de la procédure de ratification parlementaire des États parties.

Leur mise en application relève à la fois des législateurs et des juges. Les législateurs nationaux comme ceux de l'Union européenne sont appelés à adopter des lois conformes aux chartes et à exécuter les principes qui y sont consacrés. Les juges, par la technique de l'interprétation conforme et les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, veillent à leur respect dans les ordres juridiques nationaux et européens. Il est désormais presque banal de constater que les juges jouent un rôle de premier plan dans l'application de ce système normatif pluriel. Dans l'exercice de leurs rôles respectifs au sein des différents ordres juridiques, ils coordonnent et interprètent les normes lors de la résolution de conflits concrets et, par là, ils définissent la signification des dispositions, en participant à la construction du droit européen des droits fondamentaux.

Plusieurs facteurs expliquent le premier rôle que les juges jouent en matière de protection des droits fondamentaux.

Tout d'abord, le système de la Convention européenne des droits de l'homme, de par sa structure institutionnelle, accorde une prééminence absolue à la jurisprudence de la Cour EDH dans l'application de la Convention. Il n'y a pas de « législateur » à proprement parler au sein du Conseil de l'Europe. La source fondamentale est la Convention et la jurisprudence de la Cour EDH la rend « vivante » à travers l'évolution du droit jurisprudentiel.

La structure institutionnelle de l'Union européenne, en revanche, reflète plus celle des États, puisqu'elle s'articule autour des trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire. La Cour de justice de l'Union détient toutefois un pouvoir normatif déterminant, en ce que ses arrêts ont la valeur de droit primaire et s'appliquent directement dans tous les États membres. Le droit

¹⁷ I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited? », *Common Market Law Review*, n°36, 1990, p. 703-750.

¹⁸ L. D'Andrea, « Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello », *Consulta online*, 6 octobre 2014, <https://www.giurcost.org/studi/dandrea2.pdf> ; v. aussi S. Cassese, « La giustizia costituzionale : bilancio di un'esperienza ; ovvero il dilemma del porcospino », in *Dentro la Corte*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 309-315.

¹⁹ V. L. Bugorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir. par), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, Partie II, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Bruylant, 2005 ; L. Bugorgue-Larsen, « La fabuleuse histoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mél. P. Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 77 ss.

jurisprudential de la CJUE côtoie et complète ainsi le droit législatif et réglementaire du Parlement européen et de la Commission. En matière de droit fondamentaux, tout particulièrement, la Cour de justice a fait preuve d'un très grand activisme, en palliant l'absence de la reconnaissance et de la garantie législative des droits.

Dès lors, les deux systèmes supranationaux, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, accordent un rôle de création normative aux juges, ce qui contribue à accroître leur premier rôle en Europe.

Un facteur national participe également à ce phénomène. Avec l'affirmation de l'État de droit constitutionnel, le rapport entre le législateur et les juges a évolué sensiblement. La « transformation constitutionnelle »²⁰ des ordres juridiques, sous l'impulsion déterminante des cours constitutionnelles, a conduit à dépasser la séparation rigide entre la « légalité constitutionnelle », dont le gardien serait le juge constitutionnel, et la « légalité légale », dont le gardien serait le pouvoir juridictionnel²¹. À travers la doctrine de l'interprétation conforme à la constitution, étendue par la suite au droit de l'Union européenne et au droit de la Convention EDH, les juges ordinaires ont désormais aussi le pouvoir d'interpréter et d'appliquer directement les principes matériellement constitutionnels²².

En conséquence, tous les juges sont appelés à raisonner non plus seulement autour de « règles », mais aussi autour de « principes ». Or, les règles indiquent comment agir et contiennent des prescriptions auxquelles il faut obéir²³ : soit on les respecte intégralement, soit on les viole intégralement²⁴. En revanche, les principes n'indiquent pas un comportement précis à tenir, mais ils fournissent des critères permettant de prendre position par rapport à des situations concrètes²⁵. Il s'agit d'un matériel normatif qui « grâce à son caractère indéterminé » a la capacité d'« absorber de façon élastique les nouveautés d'un mouvement et d'une mutation toujours plus accélérés »²⁶.

En ce sens, les principes sont des « *medium* » entre la théorie et la pratique, entre les valeurs pré-juridiques et la règle juridique. Tout en étant dotés de la force normative, les principes renvoient à des conceptions politico-culturelles façonnées par l'histoire, la religion, la morale, la philosophie ; des conceptions qui ont évolué et qui continuent d'évoluer au cours du temps en marquant l'axiologie d'un système juridico-politique. Ainsi, lorsque les juges se livrent, selon leurs compétences respectives, à l'interprétation conforme ou au contrôle de la constitutionnalité, de la validité ou de la conventionnalité des actes, les règles législatives sont confrontées à des principes

²⁰ M. Fioravanti, « Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione », *Quad. cost.*, 1/2016, p. 8 ; G. Laneve, « Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione : alcune riflessioni », *Rivista AIC*, n°4/2018.

²¹ A. Pizzorusso, « Indirizzi politici della magistratura », in U. Spagnoli et al. (dir. par), *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, Roma, Ed. riuniti, 1977, I, p. 343 ss.

²² M. Fioravanti, « Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione », p. 8-15; A. Ruggeri, « Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali », *Consulta online*, n°3/2015, p. 771 ; M. Luciani, « Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo) », *Giur. cost.*, n°6/2012, p. 3824 ; G. Laneve, « Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione », *cit.*, p. 417.

²³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 149.

²⁴ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, (trad. en fr. M.-J. Rossignol et F. Limare), p. 93.

²⁵ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, p. 71 ss.

²⁶ P. Grossi, « Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno », *Quad. fior.*, 2016, p. 12.

matériellement constitutionnels. Par ce biais, le monde non juridique des valeurs s'ouvre au monde juridique et le monde juridique des règles s'ouvre aux valeurs²⁷.

Le raisonnement par principes se présente comme une « nécessité concrète »²⁸ dans le cadre d'ordres constitutionnels nationaux fondés sur le pluralisme axiologique et également au sein de l'espace juridique européen, où les valeurs et les raisons d'être de plusieurs systèmes, nationaux et supranationaux, se croisent et exigent d'être harmonisées. En effet, le raisonnement par pondération des principes permet, mieux que le raisonnement syllogistique, de faire coexister des principes différents et, par-là, d'assurer la survie de la pluralité des ordres juridiques²⁹. En outre, le caractère général et abstrait des règles mal s'adapte à la tendance à la personnalisation du droit. La prise en compte des individus comme sujets uniques et situés dans des rapports sociaux concrets impose un raisonnement fondé à la fois sur les cas concrets et sur des normes souples, adaptables aux exigences différentes des cas d'espèce³⁰.

Toutefois, le caractère indéterminé de l'énoncé des principes permet aux juges de « se libérer » du texte de la loi et de se livrer à des jurisprudences « créatives », risquant ainsi de concurrencer, si non même de supplanter, le législateur. La limite de cette herméneutique juridique fondée sur les principes est alors à retrouver dans l'exigence, pour les juges, de rester « liés au texte »³¹, de ne pas l'« abandonner »³², ou autrement dit « de reconduire au texte » les résultats interprétatifs du texte lui-même³³. C'est par ce biais que le principe démocratique et la séparation des pouvoirs peuvent être respectés³⁴.

Nous considérons, en effet, que si le premier rôle joué par les juges est un phénomène nécessaire dans le cadre de la constitutionnalisation des ordres juridiques et utile pour la création d'un espace constitutionnel européen, il est hautement préjudiciable que les juges puissent prétendre au premier et au dernier mot dans la création d'un droit de la protection des droits fondamentaux. Le phénomène appelé *juristocracy*³⁵ révèle le dysfonctionnement pathologique, à la fois, des institutions représentatives et des organes judiciaires.

La renonciation de la part du législateur à son rôle de médiateur des conflits sociaux est en effet un facteur ultérieur du rôle prééminent du juge³⁶. On constate la tendance marquée des législateurs nationaux à ne proposer que des solutions provisoires, adoptées dans l'urgence, au

²⁷ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 225. V. aussi L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1 « Teoria del diritto », Laterza, Bari, 2007 ; S. Prisco, « Rigore è quando arbitro fischia? » Spunti di ragionevole scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione », in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 651 ; G. Scaccia, « Constitutional Values and Judge-Made Law », *The Italian Law Journal*, n°1/2017, p. 177-178 ; ss. ; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977 ; A. Ruggeri, « Teorie e 'usi' della Costituzione », *Quad. cost.*, n°3/2007, p. 519 ss. ; A. Baldassarre, « Costituzione e teoria dei valori », *Pol. dir.*, n°4/1991, p. 639 ss.

²⁸ M. Dogliani, « Diritto costituzionale e scrittura », *Ars Interpretandi*, n°1/1997, p. 126.

²⁹ En ce sens, pour Gustavo Zagrebelsky : « Un ordre juridique constitué de seules règles ne pourrait pas être pluraliste » in G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, p. 222.

³⁰ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, p. 216-217.

³¹ R. Bin, « La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito », in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (dir. par.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 15 ; G. Azzariti, « Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione », in A. Palazzo (dir. par.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2001, p. 237 ss.

³² M. Luciani, « Interpretazione conforme a Costituzione », in *Enc. dir., Annali IX*, Giuffrè, 2016, p. 433.

³³ M. Dogliani, « Diritto costituzionale e scrittura », *cit.*

³⁴ R. Bin, « La Corte costituzionale tra potere e retorica », *cit.*

³⁵ Rif in tega

³⁶ M. Luciani, « Funzioni e responsabilità », *cit.*, p. 3824.

lieu de solutions durables, planifiées sur le long terme³⁷. Les initiatives législatives sur les thèmes sociétaux les plus délicats, requérant une pondération attentive et réfléchie des droits et des libertés, sont souvent abandonnées pour des raisons d'opportunité politique, ou bien en raison de blocages au sein de la majorité parlementaire. Ce phénomène est à la fois la cause et l'effet de la crise de la représentation³⁸.

En ce sens, le comportement du législateur italien est exemplaire. Son inertie en matière de droits fondamentaux est endémique, tout comme son indifférence vis-à-vis des décisions de la Cour constitutionnelle, auxquelles très souvent il ne donne pas de suite³⁹, et vis-à-vis des arrêts de la Cour EDH⁴⁰, auxquels il « oublie » de conformer la législation nationale. Bien évidemment, cela conduit à des situations de violation grave des droits et des libertés auxquelles les juges nationaux, confrontés aux espèces, tentent de fournir des solutions, qui se révèlent être parfois baroques ou en conflit avec les droits européens. À titre d'exemple, les affaires *Taricco* et *Varvara* - dont nous parlerons à plusieurs reprises au cours de cette étude - sont, toutes deux, issues d'une réglementation italienne de la prescription en matière pénale scélérate, laquelle a contraint les juges nationaux et européens à des contorsions juridiques épatantes, et ce au détriment des droits des citoyens.

Or, si la crise de la représentation – dont les causes, bien évidemment, sont multiples⁴¹ - a pour effet d'accroître le rôle des juges, et tout particulièrement des cours suprêmes et constitutionnelles, cela ne justifie pas le déficit démocratique de certaines décisions judiciaires très, ou même trop, créatives. Si les juges acquièrent le monopole sur la décision des « *hard cases* » les institutions démocratiques sont vidées de leur sens : le vote des citoyens devient inutile, le parlement devient une coquille vide, le rôle des oppositions et du débat public sont annihilés, la sécurité juridique est mise à mal.

Si le mythe du « bon législateur » s'est écroulé au cours des deux conflits mondiaux du XX^e siècle, pour nous, ce n'est pas le mythe du « bon juge » qui l'a remplacé, mais plutôt celui

³⁷ G. Scaccia, « Constitutional Values », cit., p. 182 ; voir en ce sens les réflexions de Gerhart Husserl, *Diritto e tempo* (1955), (trad. it. par R. Cristin), Milano, Giuffrè, 1998, p. 50.

³⁸ V. sur ce thème : A. Barbera, « La rappresentanza politica: un mito in declino? », *Quad. cost.*, n°4/2008, p. 508 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000 ; C. Bassu - G.G. Carboni (dir. par), *Rappresentanza e globalizzazione: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2016 ; G. Serges, « Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti », *Osservatorio sulle fonti*, n°3/2017 ; T.E. Frosini, « Rappresentanza e legislazione nell'era della globalizzazione », *Osservatorio sulle fonti*, n°3/2017 ; D. Rousseau (dir. par), *La démocratie continue*, Paris, Bruylant, 1995 ; D. Rousseau, « La démocratie continue : fondements constitutionnels et institutions d'une action continue des citoyens », *Confluence des droits-La revue*, 02 | 2020, mis en ligne le 11 février 2020. URL : <http://confluencedesdroits-larevue.com/?p=726>; M.-A. Cohendet, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités*, 2004/2, n°18, p. 41-61.

³⁹ En ce sens : C. Tucciarelli, « Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito », *Quaderni costituzionali*, n°2/1996, p. 314 ; M. Luciani, « Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n.15 e n.16 della Cedu », *Sistema penale*, nov. 2019, <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/massimo-luciani-audizione-su-autorizzazione-alla-ratifica-protocollo-15-e-protocollo-16-cedu>; v. également la jurisprudence constitutionnelle en matière de « suicide assisté » : la Cour constitutionnelle a intimé au législateur de réglementer la matière (ord. n°207/2018), mais en raison de son inertie elle a finalement été obligé d'intervenir par l'arrêt n°242/2019.

⁴⁰ À titre d'exemple, la loi italienne n°40 du 19 février 2004 relative à la procréation médicalement assistée a fait l'objet d'une condamnation par la CEDH (arrêt du 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, req. n° 54270/10). Face à l'inertie du législateur, les juges italiens ont été induits à des interprétations « créatives » afin de protéger le droit des couples de procréer et le droit à la santé (v. Trib. Rome, sect. I civ., 23 septembre 2013, *Consulta on line*, www.giurcost.org).

⁴¹ Selon Massimo Luciani, la crise de la représentation doit être recherchée plus « du côté du représenté que du côté du représentant », M. Luciani, « Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato », in N. Zanon, F. Biondi (dir. par), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 117.

de la « bonne constitution ». La Constitution est « bonne » puisque, adoptée à travers une procédure complexe et englobante, elle représente le compromis fondateur d'une communauté civile et politique. Elle est *lex*, puisqu'elle est la norme formellement suprême, mais elle est aussi *ius*, en vertu de son contenu axiologique particulier. Elle est donc dotée d'une suprématie à la fois formelle et substantielle. Le législateur et les juges sont appelés à donner application aux principes constitutionnels, y compris à ceux qu'imposent à l'État de respecter ses obligations internationales et communautaires. Ni le législateur, ni les juges sont « les maîtres du droit », tout simplement puisque l'État constitutionnel est incompatible avec l'idée même d'un « maître du droit »⁴². Les juges sont « les garants de la complexité structurelle du droit dans l'État constitutionnel, c'est-à-dire de la coexistence nécessaire et douce de la loi, des droits et de la justice »⁴³. En revanche, le législateur contribue politiquement à la formation de l'ordre juridique, en intervenant notamment dans la reconnaissance et la garantie des nouveaux droits⁴⁴ et en faisant évoluer la protection des « anciens ». Si le législateur ne joue pas son rôle, l'État constitutionnel démocratique est menacé.

Encore une fois, le cas italien montre l'importance de l'équilibre entre le droit législatif et le droit jurisprudentiel dans la protection des droits fondamentaux : à plusieurs reprises, tout particulièrement en matière pénale, la Cour constitutionnelle a souligné l'importance de prendre en compte l'ensemble des intérêts constitutionnels en jeu. La protection des droits individuels doit être concilié avec la sécurité juridique et la séparation des pouvoirs en ce que ces deux principes de droit objectif constituent aussi une condition pour la garantie des droits subjectifs⁴⁵. La défense d'une approche « systémique » de la protection des droits⁴⁶ est cohérente avec la volonté du constituant italien de développer un constitutionnalisme capable de conjuguer à la fois l'approche axiologique-substantielle et celle kélsenienne-formelle⁴⁷.

En conclusion, le choix de consacrer une étude à la construction prétorienne d'un droit européen des droits fondamentaux n'embrasse pas la thèse d'une faveur inconditionnelle pour le droit jurisprudentiel. Plutôt, faisant le constat que cette construction est en grande partie jurisprudentielle, il nous semble important d'étudier ce phénomène, tout en mettant en exergue les tensions que cela génère au sein même des systèmes juridiques et les risques qu'un tel phénomène représente, à la fois, pour le principe démocratique et la sécurité juridique.

2. Le dialogue des juges

L'expression « dialogue des juges » recèle une vision des rapports entre les système que je défends.

Il s'agit d'une formule qui a eu un très large succès au sein de la doctrine et de la jurisprudence européennes, mais qui demeure ambiguë et souvent, en définitive, peu claire.

⁴² G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 213.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ A. Ruggeri, « Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, *I quaderni europei*, n°59, déc. 2013, p. 21-22.

⁴⁵ V. notamment, Cour const. it., arrêt n°230/2012 et ord. n°24/2017.

⁴⁶ Cour const. it., arrêt n°317/2009.

⁴⁷ Sur le caractère hybride du constitutionnalisme développé par la Cour constitutionnelle italienne, nous nous permettons de renvoyer à « La contribution des juges italiens à l'élaboration d'une théorie constitutionnelle hybride » in X. Magnon, S. Mouton (dir. par), *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*, éd. Varenne, à paraître.

Utilisée pour la première fois en 1974 par Nicole Questiaux, qui avait fait référence au « dialogue de techniciens de la justice »⁴⁸, le « dialogue des juges » est consacré quatre ans après par le conseiller d'État français Bruno Genevois⁴⁹ qui, sous la forme d'un vœu, énonce l'attitude du Conseil d'État vis-à-vis de la Cour de justice CE : « à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ».

Or, depuis, la validité scientifique de ce concept a été contestée⁵⁰ tout comme il a été dénoncé l'abus du recours à cette expression⁵¹, laquelle aurait fini par perdre son sens.

Toutefois, cette formule n'en conserve pas moins son intérêt et son potentiel scientifique. Bien que polysémique, elle nous permet en effet d'exprimer la thèse ici défendue. Il importe dès lors de définir au regard de quels phénomènes cette expression sera utilisée et de clarifier ensuite la signification que nous attribuons au terme « dialogue ».

Les « dialogues des juges » que nous retenons dans notre étude - Le terme « dialogue » (du latin *diālogus*, du grec *διάλογος*) signifie « discours ou entretien entre deux ou plusieurs sujets »⁵². Il implique donc une relation entre deux ou plusieurs juges, qui peut être « orchestrée »⁵³ ou bien spontanée. Dans l'espace européen, existent plusieurs formes de « dialogue ».

Parmi les dialogues « orchestrés », c'est-à-dire organisés par le droit ou bien par des institutions politiques ou juridictionnels, l'on retrouve, d'une part, les dialogues institutionnalisés et d'autre part les dialogues « institutionnels ».

Le dialogue « institutionnalisé » s'instaure au moyen des questions préjudicielles de constitutionnalité, de la question préjudicielle en interprétation et en validité à la Cour de justice de l'UE (art. 267 TFUE) et de la demande d'avis consultatif à la Cour EDH (Protocole n°16 à la Convention). Rentrent dans ce cadre aussi, à notre avis, les protocoles de coopération signés entre les cours nationales et les cours européennes et établissant des mécanismes d'échanges réguliers et organisés d'informations relatives aux jurisprudences respectives⁵⁴. Dès lors, ces dialogues s'encadrent au sein de procédures préétablies, qui permettent, toutefois, on le verra, une liberté de parole relative.

D'autre part, des « dialogues institutionnels » se développent dans le cadre de rencontres officielles, de colloques, réunissant les membres des cours constitutionnelles et des cours suprêmes nationaux et les juges européens. Ici, bien que les programmes des rencontres soient contraints, les

⁴⁸ N. Questiaux, « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 387.

⁴⁹ Affaire *Cohn-Bendit* du 22 déc. 1978, D. 1979.155-161, spéc. p. 161.

⁵⁰ X. Magnon, « L'expression de « dialogue des juges » peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », *Annuaire international des droits de l'homme*, Volume IX, 2015-2016 (publié en 2017), pp. 23-34.

⁵¹ Giuseppe De Vergottini considère que le dialogue entre les Cours n'est que « supposé ». Pour lui, il s'agit plutôt d'interactions « imposées » ou « facultatives » in *Id.*, *Au-delà du dialogue entre les Cours*, (trad. en français de J.-J. Pardini), Paris, Dalloz, 2013, p. 45-134. V. aussi : A. Ruggeri, « 'Dialogo' tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali », *cit.*, p. 4 ss. ; F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir. par), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, Droit et Justice, n° 53, 2004, pp. 19-58.

⁵² Le Trésor de la Langue française.

⁵³ Nous faisons référence à l'expression utilisée par Laurence Burgorgue Larsen in « De l'internationalisation du dialogue des juges », in *Mélanges Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95-130.

⁵⁴ Dans le cas italien, v. les protocoles signés entre la Cour EDH et la Cour de cassation (2015), le Conseil d'État (2017) et la Cour constitutionnelle (2019) italiens.

juges s'expriment certainement avec plus de liberté que dans le cadre des procédures juridictionnelles précitées.

Des dialogues « spontanés » existent tout aussi et, à notre avis, ils peuvent prendre la forme de dialogues directs et indirects.

Les discours entre les juges autour du droit et de l'évolution de leurs jurisprudences respectives peuvent se tenir lors de rencontres informelles, non organisées⁵⁵. Il s'agit alors de dialogue directs.

En revanche, l'on parle de dialogue indirect lorsque les juges, dans les arrêts, se réfèrent à des décisions de justice « externes », nationales ou supranationales, pour illustrer, conforter, légitimer, renforcer leur jurisprudence ou bien encore pour défendre leur position juridictionnelle vis-à-vis d'une interprétation supranationale considérée comme erronée ou non respectueuse des principes du droit interne⁵⁶.

Afin d'appréhender le processus de construction d'un droit européen des droits fondamentaux, nous nous intéressons aux dialogues orchestrés et aux dialogues spontanés indirects. Dans le cadre de cette dernière catégorie, nous nous concentrons en particulier sur les dialogues indirects entre le juge constitutionnel italien et la Cour EDH. En effet, les dialogues institutionnalisés sont encadrés par le droit et produisent des effets juridiques plus ou moins contraignants ; les dialogues institutionnels donnent lieu à des comptes rendus officiels et peuvent annoncer des changements jurisprudentiels à venir ; quant aux dialogues spontanés entre la Cour constitutionnelle italienne et la Cour EDH, ils sont le seul moyen d'interaction officielle – c'est-à-dire *via* des décisions de justice –, faute de la ratification en Italie du Protocole n°16. En ce qui concerne les échanges spontanés directs, leur caractère officieux et non juridique nous conduit à ne pas les inclure dans notre analyse, si non de façon occasionnelle, afin de comprendre les jurisprudences nationale et européenne à la lumière de leur contexte d'adoption.

Il apparaît dès lors que le mot « dialogue » présente l'avantage de réussir à inclure toutes ces formes d'échanges qui contribuent, de façon différente, à faire coexister des systèmes normatifs *via* l'articulation de leurs normes, sur la base de critères qui peuvent être ceux de la compétence ou bien de la protection renforcée des droits.

Le dialogue conflictuel au cœur de l'intégration européenne – L'intérêt de l'expression « dialogue » tient aussi dans la neutralité de sa signification, intégrant donc également des situations potentiellement conflictuelles. C'est ainsi qu'il peut couvrir, à la fois, les « discours et les entretiens » qui sous-tendent un conflit, et ceux qui, au contraire, révèlent un rapport irénique entre les juges⁵⁷.

⁵⁵ Dans son journal intime, le juge et professeur Sabino Cassese fait référence à des discussions informelles entre les juges de la Cour constitutionnelle et les juges de la Cour EDH concernant la jurisprudence italienne de 2007, qui a réglé les rapports entre le droit interne et le droit conventionnel. S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 88.

⁵⁶ Sur ce phénomène : T. Groppi et M.-C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart pub., 2013 ; A. Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fond. Varenne, 2011 ; C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, LGDJ, 2016 ; G. De Vergottini, *Au-delà du dialogue entre les Cours*, *op. cit.*

⁵⁷ Sur le caractère à la fois conflictuel et consensuel du dialogue, v. L. Bugorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *cit.*, p. 97 ; G. Martinico, « The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law », *German Law Review*, vol. 16, n°6, p. 1346. Au contraire, pour Xavier Magnon le terme dialogue marque « le rejet du conflit en tant que situation envisageable au sein d'un système normatif, le dialogue marquant précisément un certain apaisement », in Id., « L'expression de « dialogue des juges » peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », *cit.*, p. 25.

Or, la construction d'un droit européen de la protection des droits fondamentaux se fait surtout à travers un dialogue conflictuel entre les juges nationaux et les juges européens.

La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne s'est développée, on le sait, à partir et grâce aux conflits entre les cours nationales et le juge européen, *via* la question préjudicielle en interprétation (art. 267 TFUE)⁵⁸. Une fois les droits reconnus et garantis au sein de l'Union, des nouvelles causes de conflits ont émergées autour, cette fois, de l'interprétation de principes reconnus à la fois par les constitutions nationales, la Conv. EDH et la Charte⁵⁹. Il s'agit de conflits « constitutionnels » en ce qu'ils opposent d'une part la primauté du droit de l'Union et, d'autre part, la suprématie des constitutions nationales et de leurs principes, mais aussi en ce qu'ils mettent en confrontation des niveaux différents de protection et des conceptions diverses des principes.

Il serait ainsi trompeur d'avoir recours à un langage guerrier (la doctrine parle souvent de « guerre entre les cours »)⁶⁰ dès lors que ces phénomènes sont consubstantiels au fonctionnement des rapports entre les systèmes. Il y a « guerre » lorsqu'un juge national décide de ne pas appliquer le droit de l'Union sans saisir la Cour de justice de l'Union⁶¹. En revanche, lorsque le juge national saisit le juge de Luxembourg, la volonté de dialogue est implicitement affirmée. Au fond, la fonction du renvoi préjudiciel, surtout lorsque l'autorité de saisine est une cour constitutionnelle, est celle de tenter de réaliser des convergences, face à un conflit normatif, dans le respect réciproque des points de vue. Par conséquent, les dialogues inter-juridictionnels peuvent et doivent aussi être musclés pour être constructifs.

En ce qui concerne le système de la Convention européenne des droits de l'homme, l'élaboration de standards *a minima* de protection des droits se fait à travers la recherche d'un équilibre constant entre la préservation de la diversité nationale et les attendus conventionnels. Le mécanisme de la marge d'appréciation est utilisé à la fois par la Cour EDH, par les cours nationales et par les gouvernements des États parties, dans le cadre de dialogues indirects, souvent conflictuels. Ceux-ci stimulent, toutefois, la recherche d'un compromis capables de satisfaire les systèmes nationaux et supranational. Le phénomène de la « désobéissance fonctionnelle »⁶² des cours nationales vis-à-vis de la Cour EDH est un exemple de ces dialogues conflictuels. Dans ces cas, un juge national décide de ne pas suivre la solution jurisprudentielle de la Cour EDH, en « désobéissant » sur la base d'une série d'arguments qui, en montrant en quoi la marge d'appréciation n'a pas été respectée ou bien en indiquant le caractère erroné de la reconstruction

⁵⁸ Sollicitée par les jurisprudences constitutionnelles des États à renforcer la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen (déc. *Solange 1* de la 2^e chambre du 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271, RTDE, 1975, p. 316 ; Cour const. it., arrêt n°183/1973, *Frontini*, 27 déc. 1973), la Cour de justice des communautés européennes a inauguré une jurisprudence capable de répondre à ces exigences (v. CJCE, 12 nov. 1968, *Stauder*, aff. 29/69 ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73).

⁵⁹ V. notamment, CJUE, GC, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministero Fiscal*, C-399/11 ; CJUE, GC, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M. B.*, C-42/17.

⁶⁰ Parmi d'autres v. M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *Rivista AIC*, n°2/2016, 15 avr. 2016.

⁶¹ C'est le cas, par exemple, de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire BvR 2735/14 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html; déc. publiée le 26 janvier 2016 (Pressemitteilung Nr. 4/2016).

⁶² V. G. Martinico, « Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale », *Diritto penale contemporaneo*, n°2/2015, p. 305-307.

du « consensus »⁶³, tendent à provoquer un revirement jurisprudentiel de la part de la Cour EDH⁶⁴. L'affaire *Varvara* est un exemple éclairant de ce phénomène⁶⁵.

Le dialogue, d'autant plus si conflictuel, est donc un moteur - et peut être même le moteur le plus important - de l'évolution de l'intégration européenne. C'est en ce sens que le « dialogue » renvoie, finalement, à une nouvelle configuration des rapports entre les systèmes fondée sur la coopération loyale entre les cours. En effet, dialoguer signifie écouter et comprendre son propre interlocuteur⁶⁶. Dès lors, il s'agit d'une méthode qui pousse les interlocuteurs à réfléchir au-delà de leurs ordres d'appartenances, et à prendre en compte les exigences, les intérêts, la culture juridiques de l'autre, tout en mettant en avant les propres spécificités. Cette opération de compréhension réciproque finit par se traduire en droit, lorsque le dialogue réussit, dans des jurisprudences capables d'élaborer des solutions de compromis respectueuses de la diversité des systèmes⁶⁷.

Le terme « dialogue » n'est donc pas seulement descriptif : il a également une portée théorique, en ce qu'il dessine un modèle de rapports entre les systèmes conforme à la théorie du pluralisme constitutionnel. Un modèle, celui dialogique, que nous partageons et que la Cour constitutionnelle italienne paraît retenir dans sa jurisprudence des cinq dernières années, en faisant usage de l'expression « *dialogo tra le Corti* » dans ses arrêts⁶⁸.

3. La doctrine jurisprudentielle italienne

Nous considérons que la Cour constitutionnelle « contribue », à la fois par son action et ses élaborations conceptuelles, « à la réalisation d'un projet »⁶⁹, qui est le projet – déjà très largement entamé - de la construction d'une Europe des droits. Elle le fait au moyen de sa « doctrine jurisprudentielle ».

Or, cette expression implique une approche particulière à l'analyse jurisprudentielle, une approche qui prend en compte non seulement les arrêts, les ordonnances, mais aussi le contexte dans lequel les décisions de justice sont adoptées.

Pour nous, les transformations jurisprudentielles qui ont conduit la Cour italienne à changer de paradigme théorique en matière de rapports entre les systèmes ne s'expliquent pas seulement à la lumière des révisions constitutionnelles – et notamment la révision du Titre V de

⁶³ K. Dzehtsiarou, « European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », *German Law Journal*, 2011, 1730 s.

⁶⁴ G. Martinico, « Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale », *cit.*, p. 305-307.

⁶⁵ V. les affaires Cour EDH, arrêt du 31 mai 2011, *Maggio et autres c. Italie*, req. n° 46286/09, 52851/08, 54486/08 et 56001/08 ; Cour EDH, Sect. II, arrêt du 7 juin 2011, *Agrati et autres c. Italie*, req. n° 43549/08, 6107/09 et 5087/09 ; Cour EDH, GC, arrêt du 28 juin 2018, *G.I.E.M. Srl c. Italie*, req. n° no 1828/06, no 34163/07 et no 19029/11 ; Cour EDH, 20 janvier 2009, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Req. n° 26766/05 et 22228/06.

⁶⁶ Aida Torres Pérez applique la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas pour illustrer la méthode du dialogue juridictionnel. V. Id, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 118 s.

⁶⁷ En ce sens, nous ne partageons pas l'idée que le « dialogue » exprime « le mythe de l'unité du droit », comme Xavier Magnon l'affirme in « L'expression de « dialogue des juges » peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », *cit.*, p. 25.

⁶⁸ V. Cour const. it., arrêts n°269/2017 ; n°49/2015; n°117/2019. La Cour suprême du Royaume-Uni utilise également le terme « dialogue ». V. : Cian C. Murphy, « Human Rights Law and the Perils of Explicit Judicial Dialogue », *Jean Monnet Working Paper* 10/12, 2012; N. Bratza, « The relationship between the UK courts and Strasbourg », *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 505 s.; S. Lambrecht, « Bringing Rights More Home: Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights? », *German Law Journal*, 2014, p. 407 s.

⁶⁹ Selon la définition du terme « contribuer » donnée par le Trésor de la langue française.

la Constitution en 2001 - , mais aussi au vu du contexte général dans lequel la Cour constitutionnelle exerce ses fonctions : les questions préjudicielles dont elle est saisie et les références normatives plurielles qu'elles contiennent ; ses rapports avec les institutions juridictionnelles et politiques nationales ainsi qu'avec les cours européennes ; le contexte politique et économique en Italie et en Europe ; et l'affirmation de nouveaux paradigmes qui, même s'ils n'ont pas une nature juridique, exercent une influence sur le constitutionnalisme nationale⁷⁰.

Une partie de la doctrine italienne adopte cette approche. La prise en compte de tous ou partie de ces éléments l'a conduite, en effet, à organiser la jurisprudence constitutionnelle italienne en « saisons », ou phases jurisprudentielles, dont le séquençage est expliqué à la lumière des rapports de la Cour avec le législateur, avec les juges ordinaires et avec l'opinion publique⁷¹.

Nous adhérons à cette démarche, tout en ajoutant, dans le cadre de cette étude, un élément supplémentaire : l'influence de la doctrine qui siège à la Cour sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de rapports entre les systèmes⁷².

Cet aspect est souvent délaissé en raison du caractère secret des travaux des juges constitutionnels réunis dans la Chambre du conseil pour délibérer. En outre, la Cour italienne a toujours refusé d'introduire la possibilité pour les juges d'écrire des opinions séparées, dissidentes ou concurrentes, afin de préserver le caractère unitaire de la décision finale⁷³. Cette situation a empêché, d'une part, de reconstruire l'histoire de la justice constitutionnelle italienne sur la base (aussi) des positionnements des différents juges et, d'autre part, de fournir des explications aux contradictions ou aux omissions présentes dans les décisions les plus conflictuelles⁷⁴.

Dans la matière spécifique des rapports entre les systèmes, nous considérons que dans les dix dernières années l'influence de la doctrine qui siège à la Cour constitutionnelle est bien plus évidente, au point de devenir un facteur pouvant être pris en compte dans l'analyse jurisprudentielle. Cela tient au fait que certains parmi les juges qui ont été nommés à la Cour et qui ont été par la suite rédacteurs d'arrêts et d'ordonnances marquant en la matière, sont des professeurs de droit constitutionnel et de droit pénal qui ont beaucoup réfléchi et écrit sur ces questions, avant leur nomination et pendant leur mandat. On reconnaît ainsi aisément dans les décisions, leur style de rédaction et les idées fortes qui caractérisent leurs doctrines. De plus, le

⁷⁰ V. en ce sens D. Tega, *La Corte nel contesto*, Bologna, Bononia University Press, 2020, p. 14 ; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. cit., p. ; G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, in M. D'Addio, E. Vidal (dir. par), *Opere di Giuseppe Capograssi*, II, Milano, Giuffrè, 1959, p. 487 ss.

⁷¹ P. Passaglia, « Les âges du contrôle de constitutionnalité », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 578 ; T. Groppi, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*, Napoli, Ed. Scientifica, 2010, p. XX ; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 330-339 ; D. Tega, *La Corte nel contesto*, p. 61 ss. Sur la relation entre la Cour constitutionnelle et l'opinion publique v. : E. Bettinelli, « Corte costituzionale e opinione pubblica (in un sistema politico debole) », in R. Romboli (dir. par), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 39-41.

⁷² Sur ce thème v. P. Passaglia, « La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale » et M. Nistico, « I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina giuridica in Italia », in P. Passaglia (dir. par), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, Ed. scientifica, Napoli, 2015.

⁷³ Sur ce point v. : G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, p. 309-312 ; S. Cassese, *Dentro la Corte*, op. cit., p. 282 ss. ; pour une réflexion générale sur ce thème v. W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

⁷⁴ V. L. Elia, « Ricordi di Corte », in P. CarneVale, C. ColaPietro (dir. par), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale)*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 184 ss.

professeur et juge Sabino Cassese, après la fin de son mandat, pour la première fois dans l'histoire de l'institution, a publié un « journal intime » qui rend compte de ses neuf ans à la Cour⁷⁵. Tout en respectant le secret des délibérations, il y a recueilli ses réflexions sur les différentes affaires, dont celles relatives aux rapports avec les systèmes de la CEDH et de l'Union.

La lecture de ce journal intime, des articles de doctrine et des arrêts permet de mieux comprendre le sens du tournant théorique de la Cour. De même, tout cela rend manifeste la pluralité irréductible des points de vue au sein de la Cour, une pluralité qui est respectée par des décisions qui sont toujours le résultat d'un compromis collégial⁷⁶. En effet, l'approche d'un juge-professeur peut être dominant au sein d'une décision, mais elle n'est jamais exclusive⁷⁷. S'expliquent ainsi certaines incohérences jurisprudentielles qui ne sont, au fond, que les résultats de « compromis dilatoires » au sein du collège.

La porosité entre la doctrine et la Cour constitutionnelle contribue, à notre avis, de façon déterminante à l'élaboration de « doctrines jurisprudentielles ». Par cette expression, nous faisons référence à des constructions interprétatives⁷⁸ qui établissent des règles générales, en ce qu'elles seront appliquées par la suite, tout en étant rattachées aux affaires et à leurs spécificités. La doctrine jurisprudentielle se distingue de celle doctrinale en ce que le juge « décide » les interprétations, alors que le juriste « propose » des interprétations⁷⁹. En d'autres termes, le juge produit, dans des documents officiels, des règles « concrétisées »⁸⁰, adaptées à l'espèce, qui sont toutefois incluses au sein d'une vision plus large sur le droit et la justice. Cela est d'autant plus marquant dans le cadre de la justice constitutionnelle, qui exerce un contrôle qui est abstrait et concret à la fois⁸¹.

Dans cette recherche, nous nous concentrerons sur les « doctrines jurisprudentielles » qui ont été élaborées par la Cour et qui participent à la construction d'un espace européen de protection des droits fondamentaux. En particulier, nous traiterons de la doctrine des contre-limites, de la doctrine de la « *massima espansione delle garanzie* » et de la doctrine de la priorité du contrôle de constitutionnalité. Ces doctrines ne sont pas figées, mais elles évoluent dans le temps, au gré des affaires, des jurisprudences des autres cours nationales et supranationales, des contextes politiques nationaux et européens. Nous tâcherons donc d'illustrer ces évolutions en mettant en exergue le contexte multifactoriel qui les a déterminées.

⁷⁵ S. Cassese, *Dentro la Corte*, op. cit.

⁷⁶ V. sur ce point G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, op. cit., p. 311-312.

⁷⁷ Gustavo Zagrebelsky a exclu l'existence d'une « doctrine » en tant qu'orientation méthodologique unitaire du juge constitutionnel in G. Zagrebelsky, « Relazione », in AA.VV., *Annuario, 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 2004, pp. 70 ss.

⁷⁸ D. Tega, *La Corte nel contesto*, op. cit., p. 84.

⁷⁹ Sur cette distinction v. : R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁸⁰ M. Donini, « Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto », *Sistema penale*, 2019, p. 27.

⁸¹ Sur le caractère abstrait et/ou concret du contrôle de constitutionnalité v. : G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 269 ; A. Pizzorusso, « I sistemi di giustizia costituzionale : dai modelli alla prassi », *Quad. cost.*, 1982, n° 3, p. 522 ; A. Pugiotto, « La “concretezza” nel sindacato di costituzionalità. Polisemia di un concetto », *Jus*, 1994, p. 91 ss. ; Id., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, Giuffrè, 1994 ; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, CEDAM, 1984, p. 238 ss. ; T. Groppi, « Introduzione : Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale », in Groppi T., Olivetti M., *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ; Id., « Origini e caratteri della giustizia costituzionale in Europa », in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004 ; M. Cartabia, « La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, p. 27.

IV. La méthode

Le dialogue entre les cours constitutionnelles et les cours européennes est désormais un thème classique des constitutionnalistes comparatistes⁸². Il atteste, en effet, la crise d'une conception fermée de la souveraineté étatique et, par là, il invite à appréhender de manière globale la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux. Cette appréhension globale est à la fois le fruit d'une exigence concrète et d'une volonté.

Il s'agit d'une exigence concrète puisque la construction d'un droit européen des droits fondamentaux se fait à partir des expériences constitutionnelles des différents États, du droit de l'Union et du droit de la Convention EDH. Il y a donc une pluralité de systèmes juridiques à prendre en compte, chacun d'eux avec son histoire, ses fondements normatifs et jurisprudentiels, ses institutions, sa doctrine et sa tradition juridique. Lorsqu'il y a une résistance de la part de l'un de ces systèmes, et lorsqu'un conflit inter-systémique survient, la tâche du comparatiste vise à comprendre et faire comprendre les raisons juridiques et culturelles du conflit. Cela présente un intérêt scientifique en ce que les mouvements de convergence et de divergence des systèmes nationaux et supranationaux de protection des droits conduisent à des transformations importantes au regard de l'articulation des sources du droit, en remettant en question la subdivision classique entre les pays de *civil law* et de *common law*. L'étude des évolutions des modes de protection des droits et des libertés révèle ainsi les mutations structurelles des ordres juridiques nationaux.

Le recours à la méthode comparative est aussi un instrument au service de l'intégration européenne en matière de droits fondamentaux. Les conflits inter-systémiques, très souvent, ne surgissent pas exclusivement en raison d'oppositions juridico-techniques ; ils sous-tendent en outre des approches normatives relevant de cultures juridiques différentes. En effet, la protection des droits fondamentaux implique les valeurs, ce qui conduit, parfois, les institutions et les juridictions à se retrancher derrière des positions identitaires intransigeantes. Or, le comparatiste joue un rôle important lorsque, en approfondissant les raisons juridiques et culturelles des oppositions et en les expliquant, il permet la compréhension réciproque des acteurs.

La compréhension est, en effet, la condition essentielle, d'une part, pour la recherche de compromis permettant de surmonter les oppositions contingentes entre les systèmes. D'autre part, dans une perspective plus générale, elle permet l'acculturation réciproque des juges. C'est-à-dire que, d'un côté, les juges nationaux s'imprègnent du droit de l'UE et du droit conventionnel, de l'autre côté, les juges européens comprennent et intègrent les traditions constitutionnelles nationales, leur raison d'être et leurs valeurs. L'acculturation des juges, mais aussi des législateurs, est la clé pour la réalisation d'un espace constitutionnel pluriel, c'est-à-dire un espace harmonisé mais respectueux de la diversité nationale.

La théorie du pluralisme constitutionnel implique donc la méthode comparative⁸³ et prône, tout à la fois, le recours à cette méthode pour les acteurs du « dialogue » inter-systémique⁸⁴. C'est

⁸² V. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, *op. cit.*, p. 173 ; M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, pp. 228-229.

⁸³ V. en ce sens les développements de Marie-Claire Ponthoreau in *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 351 et 353.

⁸⁴ En ce sens, A. Torres Perez, *Conflicts of rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, *op. cit.* ; M. Poiares Maduro, « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », Conférence à la Cour de cassation du 17 décembre 2007, <http://network->

en ce sens que la méthode comparative n'est pas seulement une exigence concrète, mais un instrument au service d'une volonté, celle de dépasser les conceptions verticales et fermées des rapports entre les systèmes et de promouvoir une conception intégrée, qui valorise le pluralisme⁸⁵.

Une fois déterminés les objectifs de la méthode, nous tenons à préciser l'approche comparative que nous privilégions, et qui guide, par ailleurs, nos activités de recherche depuis nos tout premiers travaux.

Dans l'étude, nous adoptons une **approche culturelle du droit comparé**⁸⁶. Nous tentons, en d'autres termes, d'étudier, à la fois, les « éléments structurels » des systèmes de droit, qui sont les normes, les institutions et les catégories juridiques, ainsi que « les éléments culturels », tels que « la manière de concevoir le droit et de raisonner en droit »⁸⁷. Pour ce faire, en adhérant à l'école de Rodolfo Sacco, nous prenons en compte l'ensemble des « formants du droit », c'est-à-dire les différentes composantes qui « forment », constituent, un système juridique donné. Il s'agit notamment des actes du législateur et du juge, des institutions et de leur fonctionnement, des définitions de la doctrine, ainsi que des « *crittotipi* ».

Les cryptotypes sont des « modèles non verbalisés qui agissent sur la démonstration et sur la décision d'une question juridique »⁸⁸. Ils font partie de la tradition historico-juridique qui a déterminé les clés culturelles de précompréhension des normes et qui a formé les juristes d'un pays déterminé. « La subjection aux *crittotipi* forme et constitue la mentalité du juriste d'un pays déterminé »⁸⁹. S'il omet de prendre en compte les travaux de la doctrine d'un pays ainsi que ses cryptotypes, le comparatiste court le risque d'examiner les objets juridiques à l'aune de ses propres références juridico-culturelles. Cela va au détriment d'une interprétation correcte du droit étranger ainsi que du droit supranational – de l'Union et conventionnel – et génère le risque de comparaisons hasardeuses entre les droits.

La recherche en droit comparé passe donc, pour nous, par un travail de contextualisation de l'analyse juridique et par la prise en compte de la culture juridique qui caractérise les différents systèmes de droit, nationaux et supranationaux.

C'est à l'aune de ce cadre conceptuel que, pour répondre à la question fondamentale de savoir comment construire un droit européen des droits fondamentaux respectueux de la diversité, nous essayerons, tout d'abord, d'illustrer les bouleversements, à la fois juridiques et culturels, que

presidents.eu/spip.php?rubrique89&lang=fr; J.H.H. Weiler, « Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order on the European Communities », *Washington Law Review*, 61, (1986) 1103 ; S. Bartole, « Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law », *European Constitutional Law Review*, 13, 2017, 601 ss.

⁸⁵ Sur la méthode comparative comme instrument au service d'une « politique du droit » v. : Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 11 ss.

⁸⁶ Les principaux tenants de ce courant en Europe sont Rodolfo Sacco (*La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991) et Mauro Cappelletti (in M. Cappelletti, J. H. Merryman, J. M. Perillo, *The Italian Legal System. An Introduction*, Stanford, Stanford University Press, 1967) en Italie. En France, Pierre Legrand (*Le droit comparé*, Paris, PUF, 1^e éd., 1999) et Thierry Rambaud adhèrent explicitement à ce courant (*Introduction au droit comparé*, Paris, PUF, 2014) et Marie-Claire Ponthoreau s'en inspire largement dans ses réflexions (*Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*). En Belgique, v. Mark Van Hoecke (in M. Van Hoecke et M. Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms, Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International Comparative Law Quarterly*, n°47, 1998).

⁸⁷ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁸ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Turin, Utet, 1992, p. 127.

⁸⁹ *Idem*, p. 128.

cette construction induit dans les États issus de la tradition de *civil law*. Ces bouleversements conduisent, notamment, à un rapprochement des traditions de *civil law* et de *common law*, en imposant une nouvelle conception de la loi et du rôle des juges. Par conséquent, ils produisent, d'une part, des résistances nationales faisant obstacle au processus d'intégration européenne, et, d'autre part, ils génèrent des incompréhensions au sein des ordres supranationaux (Partie I).

En réagissant à ces bouleversements, la Cour constitutionnelle italienne, dans le temps, a élaboré des doctrines permettant de concilier la préservation de la tradition nationale avec la construction d'un droit européen des droits fondamentaux. Inspirées des théories dualistes dans un premier temps, nous constatons, à l'heure actuelle, l'éclosion de nouvelles doctrines inspirées d'un nouveau cadre théorique, celui du pluralisme constitutionnel (Partie II).

Première Partie

LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX À L'ORIGINE DES BOULEVERSEMENTS DE LA TRADITION JURIDIQUE ROMANO-GERMANIQUE

Les traditions juridiques ne sont pas et n'ont jamais été « pures »⁹⁰. Elles se sont formées à travers des mécanismes d'emprunt et d'imitation⁹¹, des processus d'échanges juridiques qui ont contribué, au même titre que l'histoire, à construire des « mentalités »⁹² structurant la façon de penser le droit, sa nature et son rôle, de raisonner en droit, lors de son application, et de l'enseigner⁹³. Ainsi, le phénomène de rapprochement des traditions de *civil law* et de *common law* dont la plupart des comparatistes privatistes et publicistes font le constat⁹⁴, ne saurait être considéré comme exceptionnel. Rodolfo Sacco considère même qu'il est inapproprié de parler d'un rapprochement entre ces deux traditions qui, en réalité, n'en font qu'une : la tradition juridique occidentale. En ce sens, Sacco explique que leur opposition relève exclusivement d'une analyse doctrinale remontant au début du XX^e, empreinte de théories juridiques qui ne sont désormais « plus d'actualité »⁹⁵.

Entre hybridation et distinction des traditions juridiques - Toutefois, bien que les traditions juridiques aient toujours été investies par des phénomènes d'hybridation⁹⁶ et bien que l'on puisse adhérer au constat de l'existence d'une « communauté de substrat politico-culturel »⁹⁷ entre la tradition civiliste et la tradition de *common law*, celles-ci demeurent deux « communautés épistémologiques »⁹⁸ distinctes. Elles expriment en effet deux conceptions différentes du droit et de ses sources, qui conduisent les praticiens à adopter des manières différentes de raisonner en droit. D'ailleurs, Rodolfo Sacco est obligé de reconnaître l'existence d'une « différence de substrat technico-

⁹⁰ En ce sens, v. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 38.

⁹¹ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 142.

⁹² Marie-Claire Ponthoreau rappelle que le concept de « mentalité » a été proposé par Zweigert et développé par Pierre Legrand. *Ibid.*, p. 121.

⁹³ V. aussi les définitions de A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, p. 46 ; M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 118 (l'auteur souligne ici la proximité des notions de « tradition » et de « culture » juridiques) ; J. H. Merryman, *The civil law tradition*, Stanford University Press, 1985.

⁹⁴ T. Rambaud, *Introduction au droit comparé*, Paris, Puf, 2014, p. 238 ss ; M.-C. Ponthoreau, *Droits constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 134-142 ; *Id.*, « Existe-t-il véritablement une concurrence entre *common law* et tradition civiliste ? Le point de vue du comparatiste de droit public », in J. du Bois de Gaudusson et F. Ferrand (dir. par), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008, pp. 35-47 ; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 376 ss. ; G. De Vergottini, « La comparazione nel diritto costituzionale. Scienza e metodo », *Diritto e società*, 1986, p. 165 ss. ; G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 1994 ; A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 48-53 ; G. Canivet, « The Interrelationships Between Common Law and Civil Law », 63 *Louisiana Law Review*, 2004, 937 ss. ; U. Mattei, « Civil Law e Common Law. Verso una convergenza? », in F. Vogliotti (dir. par), *Il tramonto della Modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008, 191 ss. ; E. A. Imparato, « “Common Law” v. “Civil Law”. Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni? », *Federalismi.it*, n°4/2016.

⁹⁵ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 49. V. pour une analyse plus générale, p. 48-50.

⁹⁶ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 124

⁹⁷ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁸ D. Fairgrieve, H. Muir-Watt, *Common law et tradition civiliste*, Paris, PUF, 2006, p. 9.

juridique »⁹⁹ entre les deux traditions, ce qui justifie qu'*in fine*, dans son *Traité de droit comparé*¹⁰⁰, il traite séparément le *common law* et le *civil law*.

Ces deux traditions évoluent donc, avec des variations importantes selon les pays¹⁰¹, mais elles restent fidèles à des concepts irréductibles, qui forgent leur structure fondamentale. Le *common law* est un droit de procédure et il est un droit jurisprudentiel¹⁰². Le *civil law*, en revanche, est un droit codifié. Par conséquent, le juge de *common law* raisonne à partir des faits : face à un litige, il compare les faits à des situations similaires, sur lesquelles des décisions de justice ont déjà été rendues, et, après avoir établi des parallèles et des distinctions, il élabore une solution explicitant la *ratio decidendi*¹⁰³. Au contraire, le juge de *civil law* raisonne à partir de catégories juridiques : il qualifie les faits à travers la recherche de la norme applicable et il subsume ensuite les faits sous la catégorie définie à la norme appliquée. Même si, dans la tradition civiliste, la jurisprudence assume un rôle grandissant, la source de droit écrit reste incontournable : « les chercheurs sont épistémologiquement obligés de suivre une source du droit obligatoire »¹⁰⁴, la règle écrite. Ainsi, la notion de jurisprudence n'est pas la même au sein des deux traditions : dans un pays romano-germanique, une règle jurisprudentielle, à l'instar de la règle écrite, est conçue comme une norme générale et abstraite ; dans un pays de *common law*, il s'agit de « précédents reliés entre eux par des faits »¹⁰⁵.

Constitutionnalisation et européanisation des droits - À l'heure actuelle, la constitutionnalisation des systèmes juridiques et l'européanisation des droits sont les phénomènes qui poussent les deux traditions vers un rapprochement et, par là même, ils révèlent leur part d'irréductibilité. Les résistances à ces tendances dévoilent en effet le substrat souvent invisible qui, dans chaque ordre juridique, oriente la pensée et l'action des juristes privatistes tout comme publicistes.

En effet, s'il est vrai que les classifications en familles de droit élaborées par les privatistes s'adaptent mal au droit public¹⁰⁶, il serait faux de considérer que les traditions de *civil law* et de *common law* n'aient pas d'influence sur le droit de la *res publica*. Bien au contraire, le droit constitutionnel, puisqu'il exprime la conception fondamentale de la relation entre l'État et la

⁹⁹ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Il suffit de penser aux différences existantes entre la tradition juridique anglaise et la tradition juridique américaine. De même, il est légitime de parler de droits romano-germaniques au pluriel. V. T. Rambaud, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 126 ss ; E. Zoller, *Le Droit des États-Unis*, Paris, Puf, 2001, p. 3 ; U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, UTET, 1992 ; A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 191 ss. ; Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question*, Société de législation comparée, 2006 ; J. H. Merryman, *The civil Law Tradition*, *op. cit.*

¹⁰² Le *common law* se forme lors de la conquête normande (1066) et il est complété par l'*Equity*, qui permet au Roi d'assouplir la rigidité d'un droit essentiellement lié à l'action en justice. V. P. Legrand, G. Samuel, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008 ; H. J. Berman, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

¹⁰³ V. D. N. MacCormik, R. S. Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot Dartmouth Ashgate, 1997.

¹⁰⁴ A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, Bruxelles, Paris, Story-Scientia, LGDJ, 1992, p. 111.

¹⁰⁵ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁰⁶ V. en ce sens : A. Pizzorusso, « La comparazione giuridica e il diritto pubblico », in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 78 ss. ; M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 44, selon l'Auteur lorsque l'on « s'intéresse aux questions de droit public, il ne semble pas très pertinent de se demander s'il existe, par exemple, un modèle constitutionnel de *common law* ou bien un modèle de droit continental ».

société, est d'autant plus révélateur de la « structure cognitive »¹⁰⁷ des ordres juridiques. Les constitutions portent les symboles, les croyances, les valeurs qui unifient une communauté donnée¹⁰⁸. Cela est tout particulièrement visible dans les catalogues des droits fondamentaux. Si la reconnaissance et la garantie de ces droits ont une portée normative, elles renvoient tout aussi à des conceptions philosophico-politiques de l'homme et de l'État. Ainsi, l'analyse qui peut être menée par le constitutionnaliste des réactions du législateur, des juges et de la doctrine face aux brouillages des traditions juridiques permet de saisir la limite ultime – culturelle et juridique – de l'évolution des systèmes.

Une conséquence ultérieure des phénomènes de la constitutionnalisation et de l'eupéanisation du droit est la montée en puissance de la figure du juge au sein des ordres juridiques. En matière de droits fondamentaux cette évolution est d'autant plus évidente en ce que les cours constitutionnelles, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union côtoient et très souvent remplacent le législateur dans la définition, la reconnaissance et la protection des droits et des libertés¹⁰⁹.

La constitutionnalisation du droit - En ce qui concerne la constitutionnalisation du droit, l'adoption par un constituant d'une norme suprême, protégée par un juge constitutionnel, a conduit à une progressive déformalisation procédurale et substantielle des sources du droit. En effet, dans les pays de tradition civiliste, les cours constitutionnelles exercent, en principe, un rôle de législateurs négatifs, en ce qu'elles peuvent annuler une norme non conforme à la Constitution, avec des effets *erga omnes*¹¹⁰. Toutefois, avec le temps, elles se sont imposées également en tant que législateurs « positifs » : parfois, elles adoptent des décisions qui transforment la loi sans l'éliminer¹¹¹. En outre, grâce à l'élaboration doctrinale de certaines cours constitutionnelles, dont la Cour italienne, l'interprétation jurisprudentielle consolidée des juges ordinaires peut devenir la « norme » et faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, comme s'il s'agissait d'une « loi »¹¹².

¹⁰⁷ E. Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 132.

¹⁰⁸ V. en ce sens, M.-C. Ponthoreau, « La constitution comme structure identitaire », in *Les 50 ans de la Constitution 1958-2008*, Paris, LexisNexis Litec, 2008, p. 31-42.

¹⁰⁹ Sur les facteurs de la montée en puissance du juge, nous nous permettons de renvoyer à l'Introduction.

¹¹⁰ En Italie, en matière pénale, le rôle de la Cour constitutionnelle est d'autant plus assimilable à celui du législateur en ce que, si la norme déclarée inconstitutionnelle prévoit un crime ou un délit, la décision de la Cour s'applique non seulement aux instances en cours, mais aussi aux jugements définitifs. Ainsi, lorsqu'une condamnation a déjà été prononcée, l'exécution pénale et tous les effets pénaux associés cessent automatiquement en vertu des articles 30, 4^e al., loi n°87/53 ; 2, 2^e al. code pénal ; 673 code de procédure pénale. La déclaration d'inconstitutionnalité produit alors les mêmes effets que l'*abolitio criminis* (art. 673 code proc. pén.).

¹¹¹ La Cour constitutionnelle italienne adopte parfois des arrêts appelés « manipulatifs ». Dans ces cas, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la loi en modifiant sa portée normative. Notamment, elle peut réduire le sens normatif de la disposition (arrêts « ablatifs ») ; ou bien l'enrichir (arrêts « additifs ») ; ou encore substituer une partie de la norme considérée inconstitutionnelle par une règle conforme (arrêts « substitutifs »). V. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 390-393 ; T. Groppi, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*, Napoli, Ed. Scientifica, 2010, p. XXI ss. À noter que le Conseil constitutionnel français adopte des décisions similaires. Elles sont définies par la doctrine française « décisions sous réserve constructive ». Comme leurs homologues italiennes, elles ont pour objectif de pallier les omissions (inconstitutionnelles) du législateur (Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, p. 238). Toutefois, il est important de préciser que les décisions françaises déclarent la conformité de la norme à la condition d'y ajouter certains éléments ; tandis que les arrêts italiens déclarent l'inconstitutionnalité de la norme en ce que celle-ci ne prévoit pas la règle déterminée ensuite dans les motifs de la décision.

¹¹² Cour const. it., arrêt n° 161/1967. Sur la doctrine du droit vivant v. C. Severino, *La doctrine du droit vivant. Étude de contentieux constitutionnel comparé franco-italien*, Economica, Aix-en-Provence, 2003. D'un point de vue conceptuel, ce tournant est rendu possible par la distinction opérée entre les « dispositions » et les « normes ». Dans l'un de ses

Le droit des pays romano-germanique est donc désormais nourri aussi par l'œuvre interprétative des juges ordinaires et constitutionnels.

L'eupéanisation du droit - L'eupéanisation du droit est le second facteur de déformalisation des sources du droit national. Le droit de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux s'est développé, d'abord, à travers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, pour être ensuite fixé dans la Charte des droits fondamentaux de 2000. Toutefois, l'interprétation de la Cour de justice continue de faire « corps avec la disposition interprétée »¹¹³ et produit ainsi des effets *erga omnes*¹¹⁴.

De même, la Cour EDH forge, affaire après affaire, une jurisprudence qui développe le contenu actuel de la Convention. Investie par la Convention de la tâche spécifique d'assurer l'interprétation de la Convention¹¹⁵, la Cour EDH le fait en allant bien au-delà du cas concret, dans le but de, « plus largement », « clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention »¹¹⁶. En ce sens, la « jurisprudence prospective » de la Cour, fait d'elle « un législateur chargé non de » déclarer « le droit en vigueur, mais de créer celui de demain »¹¹⁷. La Cour a d'ailleurs confirmé cette tendance lorsqu'elle a affirmé que « si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention »¹¹⁸. Tout comme la jurisprudence de la CJUE, les arrêts de la Cour EDH seraient donc revêtus de l'autorité de la chose interprétée¹¹⁹, en « faisant corps avec la Convention »¹²⁰.

premiers arrêts, la Cour constitutionnelle italienne affirme en effet que « les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait [dans les « dispositions »], mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces [dans la terminologie proposée ci-dessus, les « normes »] » (CC, Arrêt n° 3 de 1956). Par conséquent, en 1967, « la Cour ne peut pas ne pas noter que la jurisprudence des juges ordinaires, après bien des hésitations et des divergences, en est venue à se consolider dans le sens où [...] à cette interprétation, les Sections Réunies de la Cour de cassation ont apposé le cachet de leur adhésion et de leur autorité, ce qui impose désormais de considérer comme une « norme vivante » la norme définie par cette interprétation et d'affronter, à partir de celle-ci, la question de la constitutionnalité soulevée » (CC, Arrêt n° 161 de 1967).

¹¹³ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 778. V. aussi : G. Vandersanden, « De l'autorité de chose jugée des arrêts préjudiciels d'interprétation rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1972, p. 508 ss.; K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 243-249. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un arrêt en appréciation de validité, la reconnaissance de l'illégalité de l'acte entraîne pour tout juge l'obligation de refuser son application. CJCE, 13 mai 1981, aff. 66/80, *International Chemical Corporation*.

¹¹⁴ La Cour de justice rend une décision dotée de l'autorité de la chose interprétée v. J. Boulouis, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », *Recueil d'Études, Droit communautaire et droit français*, 1999, p. 99-111. Au cas où une juridiction adoptait une interprétation différente, elle commettrait une violation de l'acte ou de la norme de l'Union dont la Cour a défini le sens et la portée v. CJCE, 6 mars 2003, aff. C-466/00, *Kaba*.

¹¹⁵ Art. 32, Conv. EDH.

¹¹⁶ CEDH, arrêts *Irlande c. RU*, 18 janv. 1978, § 154 ; *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 86; *Karner c. Autriche*, 24 juill. 2003, § 26; *Rantsev c. Chypres et Russie*, 7 janv. 2010, § 197.

¹¹⁷ M.-A. Eissen, « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1986, p. 1583.

¹¹⁸ CEDH, *Karner c. Autriche*, 24 juill. 2003, § 26.

¹¹⁹ J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, n°1237.

¹²⁰ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Puf, 2016, p. 409.

Or, progressivement, tous les États membres de l'Union et tous les États parties à la Convention ont reconnu, à des degrés différents, la valeur normative de la jurisprudence des cours européennes renonçant ainsi, en partie, à la conception civiliste « pure » du droit.

L'exemple de l'ordre juridique italien - Dans l'ordre juridique italien, les effets de ces phénomènes présentent un intérêt particulier et ce pour différentes raisons. Tout d'abord, l'appartenance de l'ordre italien à la tradition romano-germanique est d'autant plus solide que la culture du droit romain constitue le dénominateur commun de tous les droits romano-germaniques. Ensuite, depuis 1948, la constitutionnalisation de l'ordre juridique italien, sous l'influence déterminante de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, a été très poussée, en constituant, à l'instar du processus allemand, un modèle en Europe. Par conséquent, les réactions des praticiens du droit aux bouleversements de la tradition civiliste venant de l'eupéanisation du droit ont été particulièrement stimulantes.

Les juges et la doctrine italiens ont détecté deux grandes transformations structurelles : l'attribution de la valeur normative au droit jurisprudentiel et la perte progressive du caractère concentré du contrôle de constitutionnalité en faveur de son caractère diffus.

Les réactions, toutefois, n'ont pas été uniformes. Le changement est, en effet, tout d'abord une question de ressenti, de perception subjective du niveau d'altération des catégories structurant la tradition juridique nationale¹²¹. Ainsi, au sein de l'ordre italien, certains acteurs se sont opposés à ces transformations, en défendant des conceptions qu'ils ont considéré comme essentielles. D'autres, en revanche, ont accompagné les processus de changement en considérant nécessaire de renouveler les principes traditionnels. Cela a varié en fonction des sensibilités des praticiens du droit - qui ne sauraient être les mêmes¹²² - et des objectifs politico-juridiques qui, selon les affaires, ont été poursuivis.

Les bouleversements de la tradition romano-germanique dans l'ordre italien sont donc, tout à la fois, accompagnés et même provoqués par les acteurs nationaux qui secondent le mouvement de confluence des droits (Titre I), et combattus par des praticiens qui, au contraire, résistent à la vague transformatrice, révélant ainsi la part irréductible de la tradition civiliste (Titre II). L'analyse contribue alors à expliquer les raisons, culturelles et juridiques, des résistances à l'intégration européenne en matière de protection des droits fondamentaux, ce qui nous permettra par la suite d'envisager les solutions permettant de surmonter les conflits.

Titre I – Les confluences des traditions juridiques

Comme dans plusieurs États européens¹²³, en Italie, c'est le juge constitutionnel qui a établi les règles d'intégration du droit supranational en droit interne, en participant ainsi de façon déterminante à accentuer le processus de déformalisation des sources du droit.

¹²¹ Nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, « Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, oct.-nov. 2018, n°622, p. 569-576.

¹²² V. en ce sens, M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 123.

¹²³ En France : CC, décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG* ; Cour de cassation, chambre mixte

En ce qui concerne le droit de l'Union, une fois surmontées les résistances de la Cour constitutionnelle à ce que les juges ordinaires fassent primer le droit communautaire directement applicable¹²⁴, la reconnaissance de la valeur normative des arrêts de la CJCE a suivi rapidement. Ainsi, l'année d'après, en 1985, la Cour constitutionnelle a inclus les arrêts interprétatifs de la CJCE, prononcés suite à une question préjudicielle, parmi les sources du droit communautaire directement applicables par les juges italiens¹²⁵ et, en 1989, cette reconnaissance a été étendue aux arrêts prononcés dans le cadre contentieux¹²⁶.

En revanche, bien plus tardive et tourmentée a été la reconnaissance de la valeur normative de la jurisprudence de la Cour EDH. Elle s'est faite progressivement, sous l'impulsion à la fois de la Cour constitutionnelle et des juges ordinaires. Les conséquences que cette reconnaissance a produit, à la fois, sur le processus de déformalisation des sources du droit et sur le contrôle de constitutionnalité ont été en grande partie inattendue pour la Cour constitutionnelle elle-même. En établissant son monopole absolu sur le contrôle de conventionnalité¹²⁷ et eu égard aux effets certes obligatoires, mais, en principe, déclaratifs et *inter partes* des arrêts de la Cour EDH¹²⁸, elle pensait, en effet, pouvoir limiter l'influence directe du droit jurisprudentiel conventionnel en droit interne et préserver ainsi son rôle dans la protection des droits.

En réalité, au nom d'une protection substantielle des droits fondamentaux, le droit jurisprudentiel de la Cour EDH a acquis une valeur normative accrue (Chapitre I), ce qui a eu pour conséquence de renforcer le rôle des juges ordinaires dans la protection des droits fondamentaux et d'éroder progressivement le caractère concentré du contrôle de constitutionnalité italien (Chapitre II).

Chapitre 1 – L'attribution de la valeur normative au droit jurisprudentiel de la Cour EDH

Une fois reconnue la valeur normative du droit jurisprudentiel de la Cour EDH (A), la Cour constitutionnelle *in primis* ouvre progressivement grand la porte à la contamination de l'ordre interne par les logiques du système européen de *common law*. Cela incite la Cour de cassation (B), ainsi que d'autres juges ordinaires (C), à revendiquer une place nouvelle pour la jurisprudence européenne au sein des sources du droit, en vue d'une protection renforcée des droits fondamentaux.

A. Les premiers jalons posés par la Cour constitutionnelle italienne¹²⁹

arrêt du 24 janvier 1975, *Jacques Vabre* ; Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989, *Nicolo*. En Espagne, Trib. constitucional, n°303/93, 25 oct. 1993. En Allemagne : CCFA, arrêt du 26 mars 1987, BVerfGE, 74, 370 ; CCFA, déc. de la seconde ch., 14 oct. 2004, 2 BvR, 1481/04, RUDH, 2004, 139.

¹²⁴ Cour const. it., arrêt n°170/1984, *Granital*.

¹²⁵ Cour const. it., arrêt n°113/1985.

¹²⁶ Cour const. it., arrêt n°389/1989.

¹²⁷ Cour const. it., arrêts n°348/2007 et n°349/2007.

¹²⁸ Le texte de la Convention pose en effet le principe du caractère déclaratoire (art. 41 Conv. EDH) et obligatoire (art. 46, §1) des arrêts de la Cour EDH. Comme nous le verrons, ce principe a été rapidement dépassé par la jurisprudence de la Cour.

¹²⁹ Dans la Seconde partie sera présentée et analysée de façon plus approfondie la réglementation des rapports entre l'ordre juridique italien et l'ordre de la Convention EDH. Ici, nous nous limitons juste à fournir quelques indications sur cette question, en mettant en avant tout particulièrement le rôle de la jurisprudence de la Cour EDH en droit interne.

Pendant très longtemps, la collocation de la Convention EDH au sein des sources du droit italien n'a fait l'objet d'une réglementation ni législative ni prétorienne.

La Constitution italienne est en effet très lacunaire quant à la réglementation des rapports entre les systèmes. En vertu de l'art. 80 de la Constitution, les traités internationaux ayant une nature politique¹³⁰ sont intégrées en droit interne via une loi qui autorise leur ratification. Par conséquent, leurs dispositions ont la même force juridique que la loi, ce qui signifie qu'elles sont soumises à la règle *lex posterior derogat priori*. En revanche, le droit international coutumier est intégré de façon automatique en droit interne en vertu de l'art. 10. Ses normes demeurent, tout de même, infra-constitutionnelles.

Par ce biais, la Cour constitutionnelle a combattu la pleine intégration des ordres juridiques supranationaux en droit interne. Fidèle à une approche dualiste, elle a revendiqué la primauté de la Constitution nationale en tant que source suprême d'un système de garantie des droits et des libertés qui, jusqu'aux années 2000, a été considéré comme autoréférentiel et auto-suffisant.

L'évolution des formes de l'intégration - L'importance croissante du rôle joué par la Cour EDH dans la protection des droits, d'une part, et la prise en compte par le droit communautaire de la garantie des droits, d'autre part, conduisent le juge constitutionnel et les juges ordinaires à faire évoluer les formes de l'intégration.

En ce sens, en 1993, la Cour constitutionnelle a reconnu à la Conv. EDH et aux Pactes de 1966 une « force de résistance passive particulière » vis-à-vis de lois successives, en raison de leur caractère de « sources atypiques »¹³¹. Cette jurisprudence, qui est restée toutefois isolée, manifeste le malaise du juge constitutionnel vis-à-vis d'un cadre normatif qui ne permet pas de protéger davantage des sources stratégiques dans la défense des droits.

En outre, l'idée que la jurisprudence de la Cour EDH fasse corps avec la Convention est parfois affirmée par la Cour de cassation, lorsqu'elle revendique l'obligation du juge national d'interpréter et d'appliquer le droit interne conformément à la Conv. EDH et à l'interprétation fournie par la Cour de Strasbourg¹³². De même, la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle se sert du texte conventionnel pour étoffer sa motivation et renforcer la légitimité de sa décision, se réfère parfois aux « valeurs exprimées » par la Convention « selon l'interprétation fournies par la Cour de Strasbourg »¹³³.

Les effets de la révision constitutionnelle de 2001 - Un changement décisif se produit enfin suite à la révision constitutionnelle de 2001, qui introduit l'obligation pour le législateur de légiférer conformément aux obligations internationales et communautaires¹³⁴. Sur cette base, en 2007, la Cour constitutionnelle élabore un mécanisme de protection contre toute abrogation impromptue, fondé sur la définition des normes internationales comme « interposées » entre la loi interne et la Constitution. En ce sens, les normes internationales – et tout particulièrement celles de la Conv. EDH pour laquelle cette jurisprudence a été élaborée – ont toujours valeur législative, mais cette

¹³⁰ Les traités qui « prévoient des arbitrages ou des règlements judiciaires » sont soumis à la même règle (art. 80 C).

¹³¹ Cour const. it., arrêt n°10/1993.

¹³² Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, n°18288, 21 janvier 2010, in C.e.d. Cass., n° 246651.

¹³³ Cour const. it., arrêts n°299/1998 ; n°154/2004 ; n° 299/2005.

¹³⁴ Art. 117, 1^{er} al. C.

valeur est « renforcée »¹³⁵. Si, d'une part, cette jurisprudence accorde une place particulière à la Conv. EDH en droit interne, d'autre part, elle constitue un frein important à une intégration ultérieure de ce système. En effet, elle interdit aux juges ordinaires d'écarter directement la norme interne contraire au droit conventionnel en leur imposant de saisir la Cour constitutionnelle pour effectuer le contrôle de conventionnalité¹³⁶. Ainsi, le juge constitutionnel peut vérifier, dans un premier temps, si la protection assurée par la norme conventionnelle n'est pas moindre par rapport à la garantie constitutionnelle, pour ensuite effectuer le contrôle de conformité de la loi interne avec la Convention. La primauté de la Constitution est donc systématiquement garantie.

Une jurisprudence qui fait corps avec la Convention - En ce qui concerne la valeur de la jurisprudence de la Cour EDH, c'est toujours dans les arrêts dits jumeaux de 2007 que la Cour constitutionnelle s'exprime de façon définitive. Elle réagit notamment aux propos du Président du Conseil qui, représenté par *l'avvocato generale dello Stato*, dans sa mémoire défensive, affirmait qu'il était « à exclure que la Cour de Strasbourg, par son interprétation puisse réduire ou étendre le contenu des normes conventionnelles ; l'art. 32 du Protocole n°11 à la Convention (...) n'attribue pas (à la Cour EDH) un pouvoir créateur de normes conventionnelles contraignantes ». Un tel pouvoir serait en effet « inexistant dans le système de la Convention de Vienne (...) qui exige une interprétation textuelle et objective de tout traité »¹³⁷.

En rejetant les arguments du gouvernement, le juge constitutionnel reconnaît la valeur normative de la jurisprudence de la Cour EDH au sein de l'ordre conventionnel et, par conséquent, l'exigence pour les juges italiens de prendre en considération la Convention selon l'interprétation fournie par « son juge »¹³⁸.

Le rapprochement avec la doctrine du droit vivant - Pour le juge constitutionnel, cette reconnaissance, en soi, n'a rien de révolutionnaire. Elle est cohérente par rapport à la place que le droit jurisprudentiel a désormais acquis dans l'ordre juridique italien. Depuis l'élaboration de la doctrine du droit vivant, la Cour constitutionnelle est habituée à exercer son contrôle de constitutionnalité sur « la norme », c'est-à-dire sur la disposition interprétée par une jurisprudence consolidée, et en particulier celle forgée par la Cour de cassation. Le juge constitutionnel transpose ainsi cette conception au système conventionnel par un processus d'assimilation « du connu à l'inconnu », source par la suite de nombreux malentendus.

Une fois cette brèche ouverte, deux autres arrêts constitutionnels approfondissent le processus d'intégration de la jurisprudence conventionnelle en droit interne.

La révision du procès pénal - Notamment, le 4 avril 2011, en rejoignant d'autres pays membres du Conseil de l'Europe¹³⁹, la *Consulta* introduit une nouvelle hypothèse de révision du procès pénal.

¹³⁵ Cour const. it., arrêts n°348 et n°349 du 24 octobre 2007.

¹³⁶ Plus précisément, les juges ordinaires doivent contester la constitutionnalité de la norme nationale, puisque celle-ci, en violant une disposition conventionnelle « interposée », porte atteinte à l'obligation constitutionnelle de respecter les accords internationaux transposés par une loi en droit interne (CC, arrêts n°348-349/2007).

¹³⁷ Cour const. it., arrêt n°349/2007, §4

¹³⁸ Cour const. it., arrêt n°349/2007, §6.2.

¹³⁹ En France c'est la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 qui a mis en œuvre la procédure de réexamen devant une Commission de réexamen d'une décision pénale suite au prononcé d'un arrêt de la Cour EDH (art. 626-1 ss. Code proc. pén.).

En vertu de l'article 46 CEDH, pour se conformer à un arrêt définitif de la Cour EDH qui a statué sur la violation de l'article 6 CEDH, le procès pénal de la personne considérée comme victime de la violation de la Convention par l'État italien peut être révisé¹⁴⁰. Cet arrêt addictif de principe¹⁴¹ très audace, fondé non sur une exigence constitutionnelle mais conventionnelle¹⁴², fait de la jurisprudence de la Cour EDH un *ius superveniens* qui, dans les circonstances précitées, peut renverser l'autorité absolue de la chose jugée¹⁴³.

Un novum législatif - Dans le même esprit, en 2012, la Cour constitutionnelle reconnaît au revirement de jurisprudence de la Cour européenne la valeur d'un *novum* législatif. L'affaire concerne l'interdiction absolue d'effectuer la procréation médicalement assistée (PMA) hétérologue, prévue par la loi n°40 de 2004¹⁴⁴. En l'espace de six mois, la Cour constitutionnelle avait été saisie par trois juges de première instance¹⁴⁵ de trois questions préjudicielles de constitutionnalité relatives à ladite interdiction. Les juges *a quibus* considéraient que la réglementation italienne¹⁴⁶ portait atteinte non seulement à la Constitution¹⁴⁷, mais également aux articles 8 et 14 de la Convention EDH. Ils se référaient expressément à l'arrêt de la première section de la Cour EDH *S.H. et autres contre Autriche*¹⁴⁸, qui avait condamné l'Autriche pour ses normes en matière de fécondation *in vitro*, fort similaires à celles italiennes.

Cependant, une fois les deux premières saisines constitutionnelles déposées, le 3 novembre 2011, la Grande Chambre strasbourgeoise rend une décision contraire à celle émise en première instance : l'interdiction d'effectuer la fécondation hétérologue contenue dans la loi autrichienne ne porte pas atteinte à l'article 14 de la Convention et constitue une interférence « nécessaire et proportionnée » au droit au respect de la vie privée et de famille *ex art. 8 Conv. EDH*¹⁴⁹.

La Cour constitutionnelle italienne, en statuant sur l'affaire, prend en compte le revirement de la jurisprudence européenne et, par l'*ordinanza* n°150, restitue les actes aux juges *a quibus*, pour qu'ils examinent à nouveau la question à la lumière de la décision de la Grande Chambre. Pour la *Consulta*, en effet, la nouvelle interprétation fournie « a un impact sur la signification des normes conventionnelles considérées par les juges *a quibus* et constitue un *novum* ayant une incidence directe

¹⁴⁰ Cour const., arrêt n°113/2011.

¹⁴¹ La technique des arrêts « addictifs de principe » (ainsi définis par G. Zagrebelsky in « Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali », in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 99-158) a permis à la Cour constitutionnelle italienne de trouver un équilibre entre les exigences du contrôle de constitutionnalité et l'exigence du respect de l'autonomie politique du législateur. Dans le cadre de ces arrêts, la Cour déclare l'illégitimité constitutionnelle d'une lacune législative, mais, au lieu d'établir la règle manquante (comme dans le cas des arrêts addictifs traditionnels), elle se limite à indiquer le principe auquel le législateur devra s'inspirer pour réformer les dispositions ayant fait l'objet du jugement.

¹⁴² V. sur ce point : M. Ruotolo, « L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost. », *Rivista AIC*, n°2/2013, p. 4.

¹⁴³ Parmi les commentaires sur l'arrêt v. : G. Canzio, « Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale », *Rivista AIC*, n°2/2011; R. E. Kostoris, « La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne », *Rivista AIC*, n°2/2011; A. Ruggieri, « 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.

¹⁴⁴ Loi n°40 du 19 febbraio 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *G.U.* n°45 du 24 février 2004.

¹⁴⁵ Tribunal de Florence (saisine du 6 septembre 2010), de Catane (saisine du 21 octobre 2010) et de Milan, (saisine du 2 février 2011).

¹⁴⁶ Et notamment, les art. 4, 3^e al., 9, 1^{er} et 3^e al., et 12, 1^{er} al. de la loi n°40/2004.

¹⁴⁷ Et notamment aux art. 2, 3, 29, 31 et 32.

¹⁴⁸ Cour EDH, arrêt du 1^{er} avril 2010, req. n°57813/00.

¹⁴⁹ Cour EDH, Gr. Ch., arrêt *S.H. et autres contre Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57813/00.

sur la question préjudicielle de constitutionnalité présentée »¹⁵⁰.

Ainsi, le revirement de jurisprudence de la Cour EDH peut désormais induire une *ordinanza di rimessione* – restitution des actes – puisqu'elle peut « modifier le cadre normatif, bien que la disposition censurée demeure la même ». Pour la Cour constitutionnelle, l'attribution de la valeur normative au revirement jurisprudentiel strasbourgeois n'est pas choquante, puisqu'elle « constitue le corollaire logico-juridique de la valeur et de l'efficacité attribuées aux arrêts du juge européen par la Cour [constitutionnelle] dans l'interprétation des normes de la Convention EDH (...) ».

La possibilité que soit reconnue la valeur *erga omnes* aux arrêts de la Cour EDH est alors admise, une possibilité dont la Cour de cassation se saisit immédiatement.

B. L'attribution des effets erga omnes aux arrêts de la Cour EDH. L'affaire Scoppola¹⁵¹

En septembre 2012, la Cour constitutionnelle est sollicitée par la Cour de cassation pénale en formation plénière¹⁵² pour admettre la valeur *erga omnes* de l'arrêt *Scoppola c. Italie* prononcé par la Grande chambre de la Cour EDH le 17 septembre 2009. L'affaire, très sensible, oblige à mettre en balance le principe de l'intangibilité de la chose jugée et l'égalité du traitement des condamnés (1). Si la Cour de cassation n'hésite pas à promouvoir une approche substantielle de la protection des droits au détriment de l'organisation traditionnelle des sources du droit (2), la Cour constitutionnelle, plus prudente, tente de concilier la tradition civiliste tout en la faisant évoluer au nom d'une garantie effective des droits et des libertés (3).

1. L'affaire des « figli di un Dio minore »¹⁵³

L'affaire à l'origine de la question préjudicielle est assez complexe et exige d'être détaillée afin de comprendre la décision de la Cour de cassation et, par la suite, celle de la Cour constitutionnelle.

Le 2 janvier 2000, la loi « Carotti »¹⁵⁴ entre en vigueur et modifie le 2^e alinéa de l'article 442 du Code de procédure pénale. Cet article régit la décision du juge dans le *giudizio abbreviato*, une procédure spéciale qui peut être adoptée sur demande de l'accusé. Dans cette procédure, le juge de l'audience préliminaire¹⁵⁵ statue de façon définitive sur la base des actes existants. En cas

¹⁵⁰ Cour const., *ordinanza* n°150/2012 du 22 mai 2012. Parmi les commentaires v. : R. Romboli, « Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012 », *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/studi/Romboli2.pdf> ; A. Ruggeri, « La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata » *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri16.pdf> ; G. Repetto, « Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “supervenienti”: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 2069 ss.

¹⁵¹ Nous avons analysé cette affaire in « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4, n°204, p. 887-909.

¹⁵² Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012 (dép. 10 sept. 2012), n°34472. Note F. Viganò, « Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla CEDU nella sentenza Scoppola », *Diritto penale contemporaneo*, 12 sept. 2012, www.penalecontemporaneo.it

¹⁵³ F. Viganò, « Figli di un dio minore ? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia », <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1405-figli-di-un-dio-minore--sulla-sorte-dei-condannati-all-ergastolo--in-casi-analoghi-a-quello-deciso>

¹⁵⁴ Loi n°479 du 16 décembre 1999, in *G.U.* n° 296 du 18 décembre 1999.

¹⁵⁵ En Italie, l'audience préliminaire fait suite à l'acte d'accusation émis par le ministère public. Le juge de l'audience préliminaire doit déterminer si existent suffisamment d'éléments pour la tenue d'un procès pénal. L'audience impose la présence du ministère public et du défenseur de l'accusé. Au terme de l'audience, le juge décide de la mise en

de condamnation, le recours à cette procédure permet au condamné de bénéficier de la réduction d'un tiers de la peine¹⁵⁶. La loi « Carotti » avait prévu que les personnes accusées de crimes punis par la peine à perpétuité pouvaient avoir accès à la « procédure abrégée » et bénéficier ainsi d'une peine d'emprisonnement de trente ans au lieu de la réclusion à vie¹⁵⁷. De nombreux accusés s'étaient alors pressés de demander d'être jugés par le *giudizio abbreviato*. Toutefois, quelques mois après, les protestations de la société civile, mobilisée contre des allègements de peine dont profitaient surtout les affiliés aux organisations mafieuses, conduisent le législateur à faire en partie marche arrière.

Le 24 novembre 2000, le gouvernement adopte un décret-loi¹⁵⁸, censé donner une interprétation authentique de l'article 442 du Code de procédure pénale, modifié par la loi « Carotti ». L'interprétation authentique est un mécanisme normatif qui n'existe pas en France et qui a déjà valu à l'Italie plusieurs condamnations de la part de la Cour EDH¹⁵⁹. Il s'agit d'une interprétation de la loi est effectuée par le législateur, afin d'établir l'interprétation de la norme qui, seule, exprime la *voluntas legislatoris*. Puisque cette loi établit l'interprétation « authentique », elle produit des effets *ex tunc*, c'est-à-dire à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Elle est donc rétroactive et, en droit civil et surtout en droit pénal, ne peut pas innover, en introduisant des nouvelles règles de droit¹⁶⁰.

Dans le cas d'espèce, le décret-loi de novembre 2000 établit une interprétation qui restreint sensiblement le bénéfice de la réduction de la peine prévu par la loi « Carotti », opérant une distinction entre les condamnés à la peine à perpétuité simple et les condamnés à la peine à perpétuité aggravée. Désormais, les condamnés à la réclusion à perpétuité simple, c'est-à-dire sans isolement pendant la journée, peuvent obtenir la commutation de la peine en trente ans de réclusion s'ils demandent la procédure abrégée. En revanche, les condamnés à la peine à perpétuité avec isolement pendant la journée, s'ils ont recours à la procédure abrégée, seront condamnés à la peine à perpétuité simple, c'est-à-dire sans isolement¹⁶¹.

Le décret-loi, allant bien au-delà de la fonction interprétative affichée, introduit ainsi un traitement moins favorable pour les détenus qui, entre les mois de janvier et de novembre 2000, avaient espéré pouvoir bénéficier d'une peine plus douce. *A priori*, le principe qui gouverne la succession des lois pénales empêcherait l'application rétroactive de la norme, mais, s'agissant d'une

accusation ou du non-lieu. C'est lors de l'audience préliminaire que l'accusé peut demander d'avoir recours au *giudizio abbreviato*.

¹⁵⁶ La « procédure abrégée » est régie par les art. 438 ss. du Code de procédure pénale italien.

¹⁵⁷ Art. 30, 1^{er} al., lett. b) de la loi n°479 *cit.*

¹⁵⁸ Décret-loi n°341 du 24 novembre 2000, in *G.U.* n°275 du 24 novembre 2000, converti par la Loi n°4 du 20 janvier 2001, in *G. U.* n° 16 du 20 janvier 2001.

¹⁵⁹ Les lois d'interprétation authentique sont souvent accusées de violer les règles du procès équitable (art. 6 CEDH) ainsi que le principe de séparation des pouvoirs, lorsque l'État, par leur biais, semble vouloir conditionner les juges dans leur travail d'interprètes. En outre, puisque ces lois produisent leurs effets de façon rétroactive, la Cour EDH est en général très sévère dans le contrôle de ces normes. Elle les admet seulement pour des motifs impératifs d'intérêt général (20 février 2003, *Forrer-Niedertbal c./ Allemagne*, 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society et al. c./ RU*; 27 mai 2004, *Ogis-institut Stanislas et al. c./ France*). Les deux arrêts les plus récents relatifs à l'Italie sont : 7 juin 2011, *Agrati et al. c./ Italie* ; 31 maggio 2011, *Maggio et al. c./ Italie*.

¹⁶⁰ La Cour constitutionnelle italienne a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des lois d'interprétation authentique (parmi d'autres, Cour Const., arrêt n° 155/1990). La Cour adopte une attitude moins restrictive que la Cour EDH. Elle considère que, dans le respect du principe de non rétroactivité de la loi pénale (art. 25, Const.), le législateur peut adopter des dispositions rétroactives, y compris d'interprétation authentique, à la condition que la rétroactivité soit justifiée par l'exigence de protéger des principes, des droits et des biens de rang constitutionnel, qui constituent aussi des « motifs impératifs d'intérêt général », conformément à la jurisprudence de la Cour EDH (parmi d'autres : Corte Cost. n°15/2012).

¹⁶¹ Art. 7, décret-loi.

loi d'interprétation, les effets sont rétroactifs¹⁶². Il s'agit bien d'un stratagème astucieux élaboré par un législateur mal à l'aise face à une opinion publique scandalisée par ces allègements de peine. Le législateur italien déguise une loi pénale successive en loi d'interprétation et peut ainsi annoncer que les criminels les plus farouches continueront d'escompter leur peine à vie.

Scoppola et les cas analogues - Toutefois, une atteinte si grave aux principes fondamentaux du droit pénal ne pouvait pas passer inaperçue. Ainsi, les avocats de l'une des personnes concernées, M. Scoppola, une fois la condamnation définitive à la peine à perpétuité simple prononcée par la Cour de cassation, saisissent la Cour EDH et, en 2009, obtiennent gain cause. L'État italien est condamné par la Grande Chambre pour violation des articles 6 et 7 de la Convention¹⁶³. M. Scoppola, fort de l'article 46 §1 de la Convention¹⁶⁴, peut alors bénéficier d'une commutation de la peine en trente ans d'emprisonnement¹⁶⁵.

Très vite, la question de l'applicabilité de l'arrêt *Scoppola* de la Cour EDH à des cas analogues se pose. En effet, bien d'autres condamnés se trouvent dans la même situation, mais, défendus par des avocats moins actifs, une fois condamnés à la peine à perpétuité simple, ils n'ont pas exercé leur droit de recours devant la Cour EDH.

C'est le cas de M. E. S., qui, en 2009, suite à l'arrêt *Scoppola c. Italie*, demande au juge de l'application des peines de substituer la peine à perpétuité qui lui a été infligée malgré son recours à la procédure abrégée, avec la peine de trente ans de réclusion criminelle, affirmant que la décision européenne peut bien s'appliquer aux cas analogues. Le juge compétent rejette toutefois la demande du détenu considérant que la Cour EDH n'a pas constaté la violation de l'article 7 de la Convention dans le cas d'espèce, et, puisque les décisions de la Cour strasbourgeoise ne produisent pas des effets généraux obligatoires, aucun élément nouveau ne justifie une révision de la peine. M. E. S. présente alors un pourvoi en Cassation.

Des questions politico-juridiques sensibles - L'importance de l'affaire conduit la Cour de cassation à examiner le cas de M. E. S. en formation plénière. Le recours soulève en effet des questions politico-juridiques délicates.

D'une part, il ouvre la possibilité tout à fait nouvelle d'attribuer les effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH, introduisant un facteur d'intégration très important du droit conventionnel en droit interne. D'autre part, le recours au juge de Cassation constitue une dénonciation indirecte de l'inertie du législateur italien qui, malgré l'obligation juridique de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour¹⁶⁶ - au travers de l'adoption de mesures générales ou, si c'est le cas, individuelles, pour mettre fin à la violation constatée et éviter d'autres violations

¹⁶² Les lois d'interprétation, en effet, dérogent au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère affirmé en droit interne (art. 11 du Code civil et art. 25 Const.) et en droit conventionnel (art. 7, Conv. EDH) puisqu'elles se soudent à la norme interprétée, allant constituer un bloc normatif unique et compact. L'interprétation authentique de la loi et les effets qu'elle peut produire ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique, mais sont remis aux principes généraux du droit et aux déductions logiques des juges. La Cour constitutionnelle a donc joué un rôle central dans la définition des critères permettant d'identifier les dispositions d'interprétation. V. notamment : Cour const. arrêts n°209/2010 ; n°6/1994 ; n°424/1993 ; n°283/1993 ; n° 39/1993 ; n°155/1990 et n°233/1988

¹⁶³ Cour EDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./ Italie* (n° 2), req. n° 10249/03.

¹⁶⁴ L'art. 46 §1 prévoit que l'État condamné est obligé de prendre les mesures individuelles propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce.

¹⁶⁵ Cour cass., 11 février 2010, in *C.E.D. Cass.* n°247244.

¹⁶⁶ Art. 46, §1, Conv. EDH.

analogues¹⁶⁷ - n'a pas abrogé la norme considérée comme non conforme à la Convention. De façon quelque peu déconcertante, après la décision *Scoppola*, l'État italien a en effet déclaré au Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁶⁸ que l'« effet direct » attribué par les juges italiens aux arrêts de la Cour EDH aurait constitué une garantie suffisante pour prévenir les violations ultérieures de l'article 7 de la Convention dans des cas analogues à celui de M. Scoppola¹⁶⁹.

Si le Comité des ministres semble rassuré par cette explication¹⁷⁰, le gouvernement italien, en réalité, simplifie avec une légèreté excessive l'état du droit italien en la matière. En effet, par le biais d'une jurisprudence constitutionnelle consolidée, en Italie le droit conventionnel ne produit pas d'« effet direct ». Jusqu'alors, les décisions de la Cour EDH n'ont d'effet que pour l'affaire examinée. Quant aux dispositions conventionnelles, les juges ordinaires ne peuvent pas leur accorder la primauté pour écarter la norme interne non conforme au droit conventionnel, mais doivent saisir la Cour constitutionnelle, seule compétente pour effectuer le contrôle de conventionnalité¹⁷¹.

Ainsi de nombreux juges de l'application des peines, à l'instar du juge du cas d'espèce, ont ignoré les affirmations du gouvernement italien et, forts de leur indépendance et d'une jurisprudence consolidée, ont refusé de donner application directe à l'arrêt *Scoppola c. Italie* de la Cour EDH, en considérant que l'autorité de la chose jugée ne peut pas être dépassée sans que le condamné ne puisse alléguer la décision d'une cour supranationale le concernant¹⁷².

2. La Cour de cassation et la défense d'une approche déformalisée en matière de droits fondamentaux

Dans ce contexte, en avril 2012, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle relative aux articles 7 et 8 du décret-loi du 24 novembre 2000. La Haute Cour demande au juge de la loi d'effectuer deux types de contrôle : un contrôle de constitutionnalité concernant la violation du principe d'égalité (art. 3 C.) et un contrôle de conventionnalité relatif à la violation de l'article 7 de la Convention, « norme interposée » impliquant la violation de l'article 117 de la Constitution¹⁷³. Pour la Cour, en effet, certaines décisions de la Cour EDH peuvent produire des effets *erga omnes*.

Les arguments en faveur d'une approche substantielle - La Cour de cassation considère, en effet, qu'au nom d'une protection accrue des droits et des libertés, les décisions de la Cour EDH peuvent

¹⁶⁷ Cour EDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c./ Italie*. Dans le même sens : Cour EDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./ Italie*, Gr. Ch., 1^{er} mars 2006, *Sejdicovic c./ Italie*, Gr. Ch., 8 avril 2004, *Assanidze c./ Georgie*.

¹⁶⁸ L'art. 46, §2-5, Conv. EDH attribue au Comité des ministres et à la Cour des compétences spécifiques pour contrôler la correcte exécution des arrêts des juges de Strasbourg par les États condamnés pour la violation de la Convention.

¹⁶⁹ Résolution du Comité des ministres CM/ResDH(2011)66 du 8 juin 2011.

¹⁷⁰ Le Comité des ministres dans la résolution *cit.*, après avoir examiné les mesures individuelles et générales adoptées par l'État italien, a conclu que l'Italie a rempli ses obligations *ex art.* 46, par. 2, Conv EDH et a décidé de clore l'affaire. Cela n'est pas très rassurant quant à l'effectivité des pouvoirs d'investigation et de contrôle du Comité.

¹⁷¹ Cour const., arrêts n°348 et n°349 de 2007.

¹⁷² V. G. Romeo, « Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta : note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013 », *Diritto penale contemporaneo*, 1^{er} octobre 2013, <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/33-/-/2521-giudicato-penale-e-resistenza-alla-lex-mitior-sopra-venuta-note-sparse-a-margine-di-corte-cost-n-210-del-2013/>

¹⁷³ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012 (dép. 10 septembre 2012), n° 34472, www.giurcost.org.

produire les mêmes effets qu'une novation législative plus favorable ou qu'une déclaration d'inconstitutionnalité, au détriment de la conception traditionnelle italienne du droit qui n'attribue pas de valeur normative à la jurisprudence.

Dans sa motivation, la Cour de cassation commence par démystifier le lieu commun selon lequel les arrêts de la Cour EDH ne produiraient qu'un effet *inter partes*, pour consacrer ensuite, avec force, la fonction « para-constitutionnelle »¹⁷⁴, de juge de dernière instance en matière de protection des droits et libertés, que la Cour strasbourgeoise désormais revêt.

La Cour de cassation italienne souligne que certains arrêts de la Cour EDH ont d'ores et déjà une valeur *erga omnes*. La Cour de Strasbourg, lorsqu'elle constate des violations liées à des problèmes structurels de l'ordre juridique national, met en place une « procédure d'arrêt pilote », afin d'aider l'État partie à résoudre les problèmes repérés par la Cour au niveau national. Dans le but de prévenir des recours analogues à celui sur lequel elle vient de statuer, la Cour européenne indique les mesures générales¹⁷⁵ à adopter pour protéger les droits et les libertés des personnes qui se trouvent dans des situations similaires¹⁷⁶. Pour la Cour italienne, si à l'origine la jurisprudence de la Cour EDH tendait exclusivement à la résolution de litiges spécifiques, relatifs à des cas concrets, son évolution la conduit désormais à exercer également une « fonction para-constitutionnelle de protection de l'intérêt général »¹⁷⁷. Les décisions-pilotes seraient alors du droit jurisprudentiel qui, à l'instar du droit législatif, a une portée générale et produit des effets *erga omnes* en droit interne¹⁷⁸.

L'arrêt *Scoppola c. Italie* constitue, selon la Haute Cour, un exemple d'arrêt pilote, puisque, même s'il ne fournit pas des indications spécifiques sur les mesures générales que l'État italien devrait adopter pour faire cesser la violation, il « met en évidence l'existence d'un problème structurel de l'ordre juridique italien lié à la non conformité à la Convention de l'article 7 du décret-loi n°341 de 2000¹⁷⁹ ». La décision de la Cour EDH constituerait ainsi un « précédent supranational » qui, censurant les dispositions italiennes, énonce « une règle de portée générale, qui, en tant que telle, est applicable de façon abstraite à des cas d'espèces identiques à l'affaire examinée »¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*

¹⁷⁵ Les mesures générales ne sauraient contraindre juridiquement l'État à les exécuter. Selon l'art. 46 Conv. EDH, « les États s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties et ont donc incontestablement l'obligation de prendre les mesures individuelles propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce ». En revanche, cet article laisse formellement libre l'État condamné de prendre ou non des mesures générales qui débordent le cas d'espèce, pour réformer la règle interne contraire à la Convention. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, p. 168.

¹⁷⁶ Cour EDH, 22 juin 2004, *Bronionski c./ Pologne* ; 19 juin 2006, *Hutten Czapska c./ Pologne* ; 8 janvier 2013, *Torreggiani et al. c./ Italie*. Cette pratique a été encadrée par le nouvel art. 61 du règlement de la Cour, en vigueur depuis le 31 mars 2010.

¹⁷⁷ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*, §2. À noter, que par cette affirmation, la Cour de cassation se fait l'écho d'une ambition exprimée par la Cour EDH elle-même à plusieurs reprises. En effet, la Convention EDH a été expressément reconnue comme « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (*Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 75, série A n° 310 et Avis de la CEDH sur la réforme du système de contrôle de la CEDH, 4 septembre 1992, § I(5)), et la Cour EDH a été définie comme « Cour constitutionnelle de l'Europe » par ses présidents (notamment, par l'ancien président Ryssdal, « Vers une Cour constitutionnelle européenne », in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, 1993, p. 20, et par l'ancien président Wildhaber, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RUDH*, 2002, p. 1) ainsi, que, plus récemment, par le juge Pinto de Albuquerque dans une opinion concordante relative à l'arrêt *Fabris c./ France*, *cit.*).

¹⁷⁸ La pratique des arrêts pilotes a d'ailleurs été renforcée dans les dernières années. V. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁷⁹ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*, §3.

¹⁸⁰ *Ibid.*, §5.

L'appropriation de la tradition de common law - Il est intéressant de remarquer que la Cour de cassation italienne fait siens le langage et l'approche du *common law*, important dans le système italien de *civil law*, la notion de « précédent ». Comme elle l'avait fait déjà auparavant, dans le cadre de l'arrêt *Beschi*¹⁸¹, la Haute Cour prétend ainsi affirmer l'existence d'une règle du précédent dans l'ordre juridique italien et, sur cette base, elle plaide pour l'intégration directe du droit conventionnel en droit interne.

Pour le juge, le « dogme de l'autorité de la chose jugée » ne saurait constituer un obstacle à l'extension des effets des décisions de la Cour EDH : au nom de la protection des droits fondamentaux, l'exécution d'une peine considérée comme illégitime par la Cour EDH paraît, tout simplement, « intolérable »¹⁸². En d'autres termes, l'exigence de faire cesser immédiatement l'exécution d'une peine appliquée en force d'une loi *contra legem* doit prévaloir sur l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation pose ainsi à nouveau la question dans les termes du dilemme d'Antigone : l'approche formelle ne saurait pas satisfaire les exigences d'une justice substantielle ; et entre la *lex* et le *ius*¹⁸³, c'est bien ce dernier qui doit prévaloir.

Les assimilations de l'inconnu au connu - Concrètement, tous les juges de l'application des peines, investis par une demande de commutation de la peine présentée par des détenus se trouvant dans la même situation que M. Scoppola, devraient donc substituer la réclusion à vie en trente ans de détention. Puisqu'un tel cas ne s'est jamais présenté, la Cour de cassation indique que cette révision de la peine devrait se faire de manière analogue à la commutation effectuée par les juges de l'application des peines suite à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition pénale¹⁸⁴. L'Assemblée plénière assimile ainsi de façon manifeste la décision de la Cour EDH à un arrêt d'inconstitutionnalité « *manipolativa* », une typologie d'arrêts qui permet à la Cour constitutionnelle de modifier et intégrer les normes soumises à son contrôle¹⁸⁵.

Il est intéressant de noter que la Cour de cassation raisonne avec les concepts et le langage du droit interne pour appréhender, et tout à la fois expliquer à la Cour constitutionnelle, les mécanismes et les procédures supranationaux. De telles assimilations « de l'inconnu au connu » peuvent parfois induire en erreur en favorisant l'approximation ou la réduction abusive et faire obstacle ainsi à l'harmonisation des systèmes¹⁸⁶. Toutefois, ce rapprochement contribue à l'évolution de la culture juridique nationale, avec des retombées concrètes sur le niveau d'intégration du droit conventionnel en droit interne. La constitutionnalisation du droit conventionnel poursuit l'objectif d'une intégration accrue du droit supranational en droit interne et elle passe tout d'abord par la constitutionnalisation des termes et des pratiques du droit

¹⁸¹ Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, cit. V. *Infra*.

¹⁸² Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, cit., §5.

¹⁸³ Sur la distinction entre *lex* et *ius* et la tragédie d'Antigone v. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., p. 62-89 et M. Cartabia et L. Violante, *Giustizia e mito*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 83 ss.

¹⁸⁴ C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 61 n°11 bis du Code pénal (Cass. pén., Sect. I, arrêt 27 octobre 2011, dép. 13 janvier 2012, Hauohou, § 5).

¹⁸⁵ E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 135-136 ; G. Silvestri, « Le sentenze normative della Corte costituzionale », in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, vol. I, Padoue, Cedam, 1985, pp. 755 ss.

¹⁸⁶ V. *infra* concernant l'affaire *Varvara*, Titre II, Ch. 1, C.

conventionnel, afin que les praticiens du droit le perçoivent comme un droit « familial » et l'appliquent en même temps que le droit constitutionnel.

La Cour de cassation italienne participe activement à ce processus et, dans l'affaire *Scoppola*, atteint pleinement son but.

3. La Cour constitutionnelle et la reconnaissance des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour EDH détectant des problèmes structurels en droit national

Le 18 juillet 2013, la Cour constitutionnelle répond à la question préjudicielle¹⁸⁷ et ouvre, de façon quelque peu surprenante, la possibilité d'attribuer les effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH qui révèlent des problèmes structurels de l'ordre juridique italien.

La reconnaissance de l'élargissement de la portée de la jurisprudence CEDH - Pour ce faire, le juge constitutionnel se livre à une analyse doctrinale très intéressante sur l'évolution de la portée des arrêts de la Cour EDH. Le juge de la loi adhère à l'analyse de la Cour de cassation et constate que, si à l'origine la Cour EDH adoptait « une attitude de *self-restraint* », considérant ses propres décisions comme déclaratives et laissant à la discrétion des États le choix des moyens pour se conformer à ses arrêts, désormais, elle est beaucoup plus restrictive¹⁸⁸. Depuis l'arrêt *Scovazzi et Giunta c. Italia* du 13 juillet 2000, l'État condamné ne doit plus seulement assurer la *restitutio in integrum* de l'individu dont les droits ont été bafoués¹⁸⁹, mais il doit également enlever les obstacles qui, dans la législation nationale, empêchent le droit interne de se conformer pleinement au droit conventionnel¹⁹⁰. La Cour constitutionnelle, à l'instar de la Cour de cassation, considère que le phénomène des « arrêts pilotes » va bien dans le sens d'un élargissement de la portée des décisions de la Cour EDH.

Toutefois, à la différence de la Haute Cour, pour le juge de la loi, l'arrêt *Scoppola c. Italie* ne saurait s'apparenter à cette typologie de décision. La *Consulta* souligne que, dans leur motivation, les juges strasbourgeois se concentrent sur les mesures individuelles que l'État italien doit adopter, affirmant expressément qu'« en l'espèce, la Cour n'estime pas nécessaire d'indiquer des mesures générales qui s'imposeraient au niveau national dans le cadre de l'exécution du présent arrêt »¹⁹¹.

Les arrêts qui identifient une violation structurelle de la Conv. EDH - En niant la nature d'arrêt pilote de l'arrêt *Scoppola*, la Cour constitutionnelle va davantage dans le sens de l'intégration du droit conventionnel en droit interne. Elle affirme en effet qu'il n'est pas nécessaire que la Cour EDH spécifie dans son arrêt les mesures générales à adopter pour que les problèmes structurels d'un système juridique soient détectés. Au-delà des arrêts-pilotes, d'autres arrêts, comme celui concernant M. Scoppola, peuvent identifier une violation structurelle de la Convention EDH par

¹⁸⁷ La question de constitutionnalité n'est admissible qu'en relation avec l'article 7, 1^{er} al., du décret-loi n°341 de 2000. Selon la Cour constitutionnelle, le juge *a quo* n'a pas suffisamment motivé les profils d'inconstitutionnalité de l'art. 8 du décret-loi de 2000. Concernant l'article 7, seulement le 1^{er} al. est relevant, alors que le 2^e al. ne concerne pas spécifiquement le jugement *a quo*. Cour const., arrêt n°210 du 18 juillet 2013, §7.

¹⁸⁸ §7.1.

¹⁸⁹ *Ex plurimis*, Cour EDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./ Italie*; 8 février 2007, *Kollcakou c./ Italie*; 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italie*; 18 mai 2004, *Somogyi c./ Italie*; Gr. Ch., 8 avril 2004, *Assanidze c./ Géorgie*.

¹⁹⁰ Cour EDH, *Scoppola c./ Italie*, cit.; *Assanidze c./ Géorgie*, cit.

¹⁹¹ Cour EDH, *Scoppola c. Italie*, cit., pt. 149. Sur les arrêts pilotes et leur portée dans le système de la Conv. EDH, v. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 396-339.

une loi nationale, tout en remettant à la marge d'appréciation de l'État le choix des mesures à adopter pour mettre fin à cette atteinte.

Pour la *Consulta*, l'arrêt *Scoppola* a une « portée plus générale »¹⁹² : il détecte une violation qui dépasse le cas d'espèce et pour cela impose à l'État italien d'adopter les mesures adéquates pour faire cesser cette atteinte¹⁹³. Ainsi, non seulement les arrêts-pilotes ont une portée générale, mais également tous les arrêts européens qui détectent un problème structurel de l'ordre juridique considéré.

La Cour constitutionnelle ne manque pas de souligner que le Parlement est le pouvoir étatique chargé en premier de conformer le droit interne au droit conventionnel¹⁹⁴. L'abrogation législative des normes non-conventionnelles assure la sécurité juridique du système et, en matière pénale, garantit l'égalité du traitement de situations judiciaires identiques au travers du principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce¹⁹⁵. Toutefois, face à l'inertie du législateur, que faut-il faire ? La Cour constitutionnelle considère que la Cour de cassation est allée dans le bon sens pour pallier l'inactivité du Parlement porteuse d'atteinte aux droits des condamnés. La saisine est fondée, puisqu'elle respecte le principe de séparation des pouvoirs et la place du droit conventionnel dans l'ordre juridique italien. La Cour suprême n'empiète ni sur les pouvoirs du Parlement ni sur la compétence de la Cour constitutionnelle, alors qu'elle l'aurait fait si elle avait donné application directe à la jurisprudence supranationale écartant le décret-loi n°341 de 2000.

En conclusion, pour la *Consulta*, une fois déclarée l'inconstitutionnalité de l'art. 7, 1^{er} al. du décret-loi, les juges de l'application des peines pourront interpréter l'art. 442 du code de procédure pénale dans le sens le plus favorable au condamné, conformément à la jurisprudence européenne *Scoppola c. Italie*¹⁹⁶. Ainsi, bien que la Cour constitutionnelle se garde bien de l'explicitement, après l'annulation de la disposition en question, l'arrêt *Scoppola c. Italie* produit des effets *erga omnes*, s'imposant aux juges nationaux.

Il s'agit là d'une première absolue : la Cour constitutionnelle, de façon implicite, accorde une fonction « para-constitutionnelle » à la Cour EDH, reconnue capable, en matière pénale, d'émettre des décisions *in mitior* qui, au-delà du cas d'espèce, peuvent renverser l'autorité absolue de la chose jugée dans des situations judiciaires analogues, à l'instar de l'adoption de lois pénales plus douces ou de l'abrogation de lois pénales plus sévères ou encore de la déclaration d'inconstitutionnalité de normes pénales plus sévères¹⁹⁷.

Les conditions strictes pour que les arrêts CEDH produisent des effets directs - Cependant, le cadre dans lequel les arrêts de la Cour EDH pourront produire des effets directs dans l'ordre interne est soigneusement délimité par la Cour constitutionnelle italienne, qui ne saurait renoncer si facilement à sa fonction de juridiction de dernière instance en matière de protection des droits et des libertés. La *Consulta* pose deux conditions cumulatives et indérogeables.

¹⁹² Cour const., arrêt n°210/2013, §7.2.

¹⁹³ *Ex art.* 46, §1, Conv. EDH.

¹⁹⁴ Cour const., arrêt n°210/2013, §7.3.

¹⁹⁵ Cour const., arrêts n°393 et 394 de 2006.

¹⁹⁶ Cour const., arrêt n°210/2013, §8.

¹⁹⁷ La Cour constitutionnelle constate d'ailleurs la conformité du droit interne (art. 673 du Code proc. pén., art. 2 Code pén. et art. 30, 4^e al., de la loi n°87 de 1953) au principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce affirmé par l'article 7 de la Conv. EDH (Cour EDH, *Scoppola c. Italie, cit.*). Cour const., arrêt n°210/2013, §7.3.

Tout d'abord, il faut que l'arrêt européen détecte un problème structurel de l'ordre juridique italien. Bien que le juge de la loi ne donne pas de définition explicite de « problème structurel », nous pouvons considérer qu'il s'agit d'une norme interne non conforme à la Convention, qui porte atteinte aux droits d'une multitude d'individus, se trouvant tous dans une situation analogue.

Deuxièmement, la *Consulta* précise que, pour produire des effets *erga omnes*, l'arrêt européen doit condamner l'État italien pour avoir infligé une peine « objectivement illégitime » à un individu. En d'autres termes, l'illégitimité de la peine doit dépendre de la non conformité du précepte normatif au droit conventionnel et non pas de la violation du droit conventionnel par la procédure suivie pour l'application de telle norme. En effet, dans le premier cas, l'exécution de la peine va bien au-delà du cas d'espèce, concernant tous les individus auxquels a été appliqué une norme considérée *ex post* attentatoire aux droits et libertés, s'apparentant en cela à une déclaration d'inconstitutionnalité¹⁹⁸. En revanche, dans le cas d'un arrêt européen qui considère une peine illégitime puisqu'elle a été décidée à l'issue d'une procédure non conforme aux dispositions relatives au procès équitable (art. 6 Conv. EDH), les effets *erga omnes* ne peuvent pas se produire. L'appréciation des *errores in procedendo* doit obligatoirement être faite au cas par cas. Ainsi, l'autorité de la chose jugée reste intangible en l'absence d'une décision supranationale concernant spécifiquement le cas d'espèce¹⁹⁹.

De cette deuxième condition en découle une troisième. L'application de la décision de la Cour EDH à tous les cas analogues est envisageable si cela ne conduit pas à la réouverture des procès, mais à la simple adoption d'une décision par les juges de l'application des peines compétents²⁰⁰. En effet, si la condamnation concerne l'illégitimité de la norme par rapport à son contenu, comme dans le cas des déclarations d'inconstitutionnalité, la peine cesse d'être appliquée par effet d'une ordonnance du juge de l'application des peines. En revanche, si la violation est procédurale, cela peut conduire à la réouverture du procès, mais seulement de la personne qui a présenté un recours devant la Cour EDH et qui a obtenu gain cause²⁰¹.

En conclusion, pour qu'un arrêt de la Cour EDH puisse produire des effets *erga omnes* dans l'ordre juridique italien, il faut qu'il concerne un problème structurel du système juridique, qu'il sanctionne le contenu d'une norme interne et non pas la procédure suivie pour son application, et qu'il puisse se résoudre au travers d'une décision du juge de l'application des peines.

La portée de la décision de la Cour constitutionnelle - Bien que circonscrite à une certaine typologie d'arrêts, la réponse favorable de la Cour constitutionnelle à la question soulevée transforme profondément le statut et la place du droit conventionnel en droit interne, avec pour conséquence l'accroissement de l'importance de la source jurisprudentielle même en matière pénale. De pays plutôt rétif à intégrer pleinement le droit conventionnel en droit interne, l'Italie garantit maintenant une force applicative à la jurisprudence européenne que d'autres pays, comme la France, dotés en principe d'un système de plus grande intégration du droit conventionnel en droit interne, n'accordent pas.

¹⁹⁸ La Cour constitutionnelle rapproche ainsi la décision d'inconstitutionnalité d'une loi et les effets *erga omnes* qu'elle produit à l'arrêt de la Cour EDH. Cour const., arrêt n°210/2013, §1.

¹⁹⁹ *Id.* et *ibid.*, §8. En ce sens, également le juge *a quo*, Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*

²⁰⁰ Cour const., arrêt n°210/2013, §8.

²⁰¹ La *Consulta* a déjà considéré que les décisions de la Cour EDH peuvent conduire à la révision du procès pénal de la personne considérée comme victime de la violation de la Convention (Cour const., arrêt n°113/2011).

En effet, la question de la production d'effets en droit interne des décisions de la Cour EDH a jusque-là été abordée essentiellement sous l'angle de la possibilité pour l'arrêt européen à altérer l'autorité de la chose jugée et de conduire à une révision du procès concernant la personne qui a été déclarée victime par la Cour strasbourgeoise²⁰². L'arrêt du 18 juillet 2013 pousse bien plus loin l'étendue et la force contraignante des décisions de la Cour EDH établissant que, dans certains cas, l'effet des arrêts strasbourgeois peut valoir *erga omnes* à l'intérieur du pays condamné, c'est-à-dire que la jurisprudence européenne peut s'appliquer aux cas analogues, renversant ainsi l'autorité de la chose jugée.

Les conséquences de cette ouverture ne se font pas attendre. Confrontés à l'inertie fautive du législateur italien face aux décisions de la Cour EDH, les juges ordinaires accélèrent la progression de la déformalisation des sources du droit en matière de protection des droits fondamentaux.

C. L'application inter partes des effets des arrêts de la Cour EDH. L'affaire Costa et Pavan

Juste deux mois après l'arrêt n°210 de la Cour constitutionnelle, le Tribunal de Rome revient sur la question de l'application directe de la Convention EDH et de la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise²⁰³.

Le juge romain devait statuer sur la requête d'un couple marié, Mme Costa et M. Pavan, qui s'était vu refuser l'accès à la procréation médicalement assistée avec diagnostic génétique préimplantatoire par un hôpital public romain, en raison de l'aptitude du couple à procréer naturellement. La loi italienne sur la PMA excluait en effet les couples non-stériles du traitement, bien qu'affectés, comme c'était le cas des conjoints Costa et Pavan, de maladies génétiques transmissibles²⁰⁴. Toutefois, ce même couple, en août 2012, avait obtenu gain cause devant la Cour EDH, qui avait considéré la prévision de la loi n°40 de 2004 comme « une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale²⁰⁵ », et donc contraire à l'article 8 de la Convention EDH. Dans l'arrêt, les juges européens avaient tout simplement indiqué des mesures réparatrices individuelles, sous forme de sanctions financières, sans faire référence à des mesures générales que l'État italien aurait dû adopter pour conformer son droit à la Convention. Ainsi, l'arrêt *Costa et Pavan* ne rentre pas dans le cadre des arrêts-pilotes. Toutefois, comme dans l'arrêt *Scoppola*, les juges strasbourgeois détectent bien une anomalie grave du droit italien, un « problème structurel », qui dépasse le cas d'espèce pour porter atteinte aux droits d'un nombre important d'individus.

En l'absence de l'abrogation de l'article 4 de la loi n°40 de 2004, ou de la déclaration de son inconstitutionnalité, le Tribunal de Rome devait établir si les effets immédiats et directs de l'arrêt de la Cour EDH concernant les conjoints Costa et Pavan demeuraient circonscrits à la réparation pécuniaire établie à la charge de l'État, ou bien si, en raison de la violation de l'article 8 de la Convention, pouvaient conduire à considérer le refus de l'hôpital romain comme illégal.

²⁰² Pour le cas français v. F. Sudre, « À propos de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2013, p. 10 ; J. Adriantsimbazovina, « L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État », *RFDA*, 1998, p. 978.

²⁰³ Trib. Rome, sect. I civ., 23 septembre 2013, *Consulta on line*, www.giurcost.org

²⁰⁴ Art. 4, loi n°40 du 19 février 2004.

²⁰⁵ CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, req. n° 54270/10, pt. 58.

Le juge de première instance n'hésite pas à étendre les effets de l'arrêt européen, considérant possible la non-application de la norme interne non conforme à la Convention, étant donné que la décision de la Cour EDH « a une valeur qui s'apparente à celle de l'autorité de la chose jugée pour le procès en cours »²⁰⁶. Le juge romain considère qu'en l'absence d'une intervention législative qui adapte le droit interne au droit conventionnel, il est lui-même investi du rôle d'exécuteur de l'arrêt supranational pour le cas d'espèce. De sa décision dépend, en effet, le respect de l'obligation faite à l'État italien de donner exécution aux décisions de la Cour EDH *ex* article 46 de la Convention. Pour le magistrat, la force contraignante des décisions européennes que cet article établit concerne non seulement l'État-législateur, mais tous les organes étatiques, y compris les juges.

Par conséquent, par un raisonnement fortement novateur, le Tribunal de Rome affirme que, s'il est possible de déduire de l'arrêt de la Cour EDH une règle « suffisamment précise et inconditionnée », capable de prendre immédiatement la place de la norme interne incompatible avec la Convention, le juge a le droit d'écarter directement la norme interne, sans saisir la Cour constitutionnelle. En revanche, le juge ordinaire doit obligatoirement saisir la Cour constitutionnelle, même si l'arrêt européen propose une règle auto-applicative, si sont en jeu les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel.

La passerelle du droit interne pour comprendre (et intégrer) le droit conventionnel - Encore une fois, le juge utilise la passerelle du droit constitutionnel pour intégrer davantage conceptuellement et pratiquement le droit supranational²⁰⁷. En effet, dans son raisonnement, le juge romain rapproche, implicitement, les effets des arrêts « addictifs de principe » de la Cour constitutionnelle italienne et ceux des décisions de la Cour EDH. Les arrêts addictifs de principes obligent en effet le législateur italien à agir pour conformer la loi à la Constitution, selon les orientations élaborées par la *Consulta*. Dans l'attente de l'intervention législative, la décision de la Cour contraint les juges ordinaires à se conformer aux principes énoncés et à résoudre le cas d'espèce à partir de règles respectueuses des orientations établies par la *Consulta*²⁰⁸. Le Tribunal de Rome attribue le même effet à l'arrêt de la Cour EDH, tout en le limitant aux parties, alors que dans le cas des décisions sur la constitutionnalité les effets se produisent *erga omnes*, pour toutes les affaires analogues²⁰⁹.

Cette assimilation entre les arrêts addictifs de principe et certains arrêts de la Cour de Strasbourg ne manque pas de rappeler la décision de la Cour constitutionnelle de juillet 2013, concernant le cas *Scoppola*. Et en effet, le juge de Rome dans sa décision, se réfère à cet arrêt et s'interroge expressément sur l'éventuelle application de la décision européenne *Costa et Pavan* à tous les cas analogues. Il conclut en affirmant que, pour l'instant, cela reste « incertain ». Si l'attribution des effets *erga omnes* à la décision européenne *Costa et Pavan* n'est pas du ressort du Tribunal de Rome - qui est tenu à statuer exclusivement sur la requête des deux conjoints qui ont fait l'objet de la décision des juges strasbourgeois -, toutefois, la question soulevée dans la motivation de l'arrêt témoigne de la prompt réactivité des juges italiens suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle de

²⁰⁶ Trib. Rome, sect. I civ., 23 septembre 2013, cit.

²⁰⁷ Sur cette question v. : O. Pollicino, V. Sciarabba, « Trattati costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi », in E. Faletti, V. Piccone (dir. par), *Trattati costituzionali e sovranazionali delle Corti europee : spunti ricostruttivi*, Rome, 2010, pp. 125 ss.

²⁰⁸ E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, p. 136.

²⁰⁹ En ce sens, A. Ruggeri, « Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo », *cit.*

juillet 2013. Au travers d'un constat « hors thème », le juge romain lance implicitement le signal aux juges investis par des recours analogues qu'ils pourraient éventuellement se prévaloir de la toute récente jurisprudence constitutionnelle pour garantir la pleine intégration du droit conventionnel en droit interne et écarter une norme qui, depuis son entrée en vigueur, a été systématiquement contestée par les citoyens et les juges²¹⁰.

Ce qui est remise en cause, alors, n'est plus seulement la valeur du droit jurisprudentiel en droit interne, mais aussi le système centralisé du contrôle de conventionnalité et, au-delà, de constitutionnalité.

Chapitre 2 – Vers un contrôle de constitutionnalité diffus

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 en effet préféré limiter les pouvoirs des juges et accorder au législateur le privilège d'être censuré exclusivement par un organe indépendant de l'ordre judiciaire²¹¹.

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 constitutionnalité²¹².

Le caractère hybride du contrôle de constitutionnalité italien - En ce sens, le contrôle de constitutionnalité italien est un hybride²¹³. 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

²¹⁰ La loi n°40/2004 depuis son entrée en vigueur a déjà donné lieu à plusieurs questions de constitutionnalité, ainsi qu'à un référendum abrogatif qui n'a toutefois pas atteint le *quorum* requis (référendum des 12 et 13 juin 2005). Prévoyant une réglementation de la PMA des plus restrictives en Europe, la loi a fait l'objet de trois décisions de la Cour constitutionnelle. Par l'arrêt n°151 du 1^{er} avril 2009 la Cour a considéré partiellement contraire à la Constitution les alinéas 2 et 3 de l'article 14 (M. D'Amico et I. Pellizzone (dir. par), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2010) ; par l'arrêt n°119 du 9 avril 2014 elle a établi que l'interdiction de fécondation hétérologue pour les couples stériles est inconstitutionnelle, annulant ainsi les articles 4, 3^e al., 9, 1^{er} et 3^e al., et 12, 1^{er} al. ; par l'arrêt n°96/2015, la Cour a déclaré non conforme à la Constitution l'exclusion de la PMA des couples fertiles porteurs de maladies génétiques transmissibles.

²¹¹ Sur ce thème, v. les réflexions de Gustavo Zagrebelsky in *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, p. 331-337.

²¹² V.: 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 ; T. Groppi, M. Olivetti, *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milan, 2003 ; T. Groppi, « Origini e caratteri della giustizia costituzionale in Europa », in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Naples, 2004.

²¹³ Le contrôle de constitutionnalité incident a été institué, en Italie, par la loi constitutionnelle n°1/1948. V. T. Groppi, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*, *op. cit.*, p. XIX-XXI ; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 28 ss ; P. Passaglia, « Les âges du contrôle de constitutionnalité », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 578 ; V. Barsotti, P. G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Contexte*, Oxford University Press, 2016 ; nous nous permettons de renvoyer également à N. Perlo, « La contribution des juges italiens à l'élaboration d'une théorie constitutionnelle hybride », *cit.*

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 compatible²¹⁴. La théorie de l'interprétation conforme investit donc officiellement les juges ordinaires du rôle d'interprètes de la Constitution, aux côtés de la Cour constitutionnelle²¹⁵. Cela conduit la Cour à devenir, dans les faits, un juge d'exception de la protection des droits, alors que les juges ordinaires jouent un rôle de premier plan dans l'interprétation et l'application des principes constitutionnels. Au cours des années 1990 et 2000, de juge des droits, la Cour constitutionnelle tend alors à se transformer en juge des conflits²¹⁶.

La « diffusion » du contrôle sous l'influence européenne - La tendance au rapprochement du système italien de contrôle de constitutionnalité à un modèle de contrôle diffus s'est accentuée au cours des années 2010, sous l'influence du droit de l'UE et du droit de la Conv. EDH²¹⁷.

Tout d'abord, depuis l'attribution à la Charte des droits fondamentaux de l'UE de la valeur de droit primaire par le Traité de Lisbonne, la matière constitutionnelle « est pénétrée au sein des Traités »²¹⁸. En d'autres termes, un important rapprochement s'établit 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 soit écarter directement la norme nationale, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, soit saisir la CJUE d'une question préjudicielle, plutôt que de déclencher le contrôle de constitutionnalité²¹⁹. Par ce biais, les juges pallient plus rapidement les violations des droits et renforcent davantage leur rôle dans la protection des droits fondamentaux. Ce phénomène est accru par la tendance de la jurisprudence ordinaire à interpréter de façon très généreuse le domaine d'application de la Charte, en allant même au-delà des limites imposées par l'art. 51²²⁰.

²¹⁴ Cour const., arrêt n°356/1996, pt. 4.

²¹⁵ En ce sens parmi d'autres : M. d'Amico et B. Randazzo, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Turin, Giappichelli, 2009.

²¹⁶ E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002. Au cours des années 1990 et 2000, en raison d'une tension politico-institutionnelle constante, la Cour est de plus en plus saisie de conflits d'attributions entre les pouvoirs de l'État et de questions relatives à l'admissibilité de référendums d'abrogation.

²¹⁷ Face à cette tendance, Roberto Romboli a préconisé la transformation du système de justice constitutionnelle italien en système non mixte mais « dual », c'est-à-dire caractérisé par la coexistence d'un contrôle diffus et d'un contrôle concentré, à l'instar des expériences portugaise, brésilienne et péruvienne. Id., « I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli », *Forum di quaderni costituzionali*, oct. 2013, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0459_romboli.pdf; Id., « Corte di giustizia e giudici nazionali : il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo », *Rivista AIC*, n°3/2014, p. 31.

²¹⁸ A. Barbera, « La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia », *Rivista AIC*, n°4/2017, <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/augusto-barbera/la-carta-dei-diritti-per-un-dialogo-fra-la-corte-italiana-e-la-corte-di-giustizia> et M. Cartabia, « Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *cit.*, p. 15.

²¹⁹ A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 4.

²²⁰ En vertu de l'art. 51, la Charte s'adresse aux États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Barbera indique que, dans plusieurs occasions, les juges ordinaires donnent une interprétation très extensive des compétences de l'Union (A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 4-6). Par ailleurs, la CJUE elle-même applique l'art. 51 de façon étendue (v. CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10). Quant à la Cour constitutionnelle italienne, dans un premier temps elle a contribué à élargir le domaine d'application de la Charte, pour ensuite y mettre

Les objets du jugement de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH sont tout aussi proches, au point que la Cour de cassation n'a pas hésité à consacrer la fonction « para-constitutionnelle »²²¹ de la Cour de Strasbourg. Bien que, à la différence du droit de l'Union, le contrôle de conventionnalité relatif au respect de la Convention européenne continue de relever de la compétence de la Cour constitutionnelle²²², à partir de 2012, le juge constitutionnel a progressivement fléchi la rigidité de sa jurisprudence. Par ce biais, les juges ordinaires acquièrent une compétence accrue dans l'exercice du contrôle de conventionnalité et la *matière constitutionnelle* des droits fondamentaux échappe au contrôle concentré de la Cour constitutionnelle.

L'ordinanza n°150/2012 - Tout d'abord, lorsqu'en 2012 la Cour constitutionnelle a reconnu au revirement de jurisprudence de la Cour européenne la valeur d'un *novum* législatif, elle a affirmé en même temps de ne pas s'estimer compétente pour évaluer l'impact du revirement européen sur les questions de constitutionnalité²²³. Seuls les juges *a quibus* peuvent vérifier si, à la lumière de la nouvelle interprétation des normes conventionnelles, le conflit entre les normes internes et les normes supranationales perdure. Pour la *Consulta*, le juge ordinaire, en opérant l'interprétation conforme de la norme interne, doit évaluer la jurisprudence de la Cour européenne « avec une marge d'appréciation et d'adéquation lui permettant de prendre en compte les spécificités de l'ordre juridique dans lequel la norme conventionnelle est destinée à s'insérer ». Ainsi, en l'espèce, elle restitue les actes aux juges *a quibus*, pour qu'ils examinent à nouveau la question à la lumière de la décision de la Grande Chambre. Elle confirme alors le rôle majeur joué par les juges ordinaires dans l'adaptation du droit interne au droit conventionnel via l'interprétation conforme, leur reconnaissant de fait une mission très importante de pré-contrôle de la conventionnalité des normes.

L'ordinanza n°223/2014 - Ensuite, l'*ordinanza* n°223 du 18 juillet 2014 de la Cour constitutionnelle innove sous un autre profil l'exercice du contrôle de conventionnalité. Tout en maintenant le monopole des Sages sur l'exercice de ce contrôle, elle reconnaît un espace d'action nouveau aux juges ordinaires.

L'*ordinanza* modifie la jurisprudence constitutionnelle de 2009 là où elle affirmait que si un juge ordinaire constate qu'une norme interne est plus protectrice des droits qu'une norme conventionnelle en conflit, il ne peut pas écarter la norme conventionnelle, mais doit soulever une question de constitutionnalité pour violation de l'article 117²²⁴. Cela apparaissait illogique, étant donné que la Convention affirme son propre rôle subsidiaire en vertu de l'article 53, exigeant que soit assurée la meilleure protection possible au vu des conditions objectives du contexte. L'*ordinanza* de juillet 2014 met fin à cette contradiction, excluant qu'une norme interne plus protectrice des droits puisse porter atteinte à la Convention et, par conséquent, à l'article 117 de la Constitution. Les juges ordinaires peuvent alors résoudre directement les antinomies entre une norme interne

un frein, lorsqu'elle a pris conscience des risques que cela induisait (notamment, Cour const., arrêt n°63/2016) v. M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 8.

²²¹ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*

²²² Arrêts n°348/2007 et n°349/2007

²²³ Cour const., *ordinanza* n°150/2012 *cit.*

²²⁴ Cour const., arrêt n°317/2009.

plus protectrice et une norme conventionnelle, en écartant cette dernière, sans besoin d'interpeller le juge constitutionnel²²⁵.

L'arrêt n°49/2015 - Un an après, l'arrêt n°49 de 2015 relatif à l'affaire *Varvara* amplifie la tendance à la diffusion du contrôle de conventionnalité, avec, pour effet secondaire, la marginalisation du rôle de la Cour constitutionnelle en matière de protection des droits fondamentaux. Bien que cette affaire soit plus connue pour les nouvelles limites qu'elle impose à l'intégration du droit conventionnel en droit interne²²⁶, elle reconnaît, toutefois, un rôle renouvelé aux juges ordinaires. Notamment, l'arrêt prévoit que lorsqu'un juge ordinaire constate qu'un arrêt de la Cour EDH, concernant une autre affaire que celui sur lequel il doit statuer, ne constitue pas une jurisprudence « consolidée », mais elle est plutôt « isolée », il a la faculté – mais non l'obligation – de tenter une interprétation conventionnellement conforme. S'il ne souhaite pas se conformer au droit conventionnel ou bien si l'interprétation conforme n'est pas possible, il doit se référer exclusivement à la Constitution, en ignorant la jurisprudence européenne²²⁷. La Cour constitutionnelle ne doit donc plus être investie d'une question préjudicielle de constitutionnalité lorsqu'il ne s'agit pas d'apprécier la conventionnalité d'une jurisprudence européenne *consolidata*.

Dans l'arrêt, le juge constitutionnel fonde sa détermination sur l'exigence de valoriser le rôle des juges ordinaires en tant que juges européens de droit commun qui, par leur regard critique et averti sur la jurisprudence strasbourgeoise, peuvent contribuer à sa construction via un dialogue indirect avec la Cour EDH²²⁸.

Or, comme il a été noté par le juge et professeur Francesco Viganò, cette jurisprudence peut avoir pour effet d'inciter davantage les juges ordinaires à résoudre de façon autonome les conflits entre le droit interne et le droit conventionnel. Si déjà par le passé, contrairement à la volonté de la Cour constitutionnelle, les juges ordinaires ont essayé d'attribuer l'effet direct au droit conventionnel²²⁹, maintenant ils ont l'opportunité de le faire en s'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle. Étant donnée la difficulté de déterminer le caractère « consolidé » de la jurisprudence européenne²³⁰, ils auront tendance à accorder l'application directe de la Conv. EDH pour pallier les carences législatives et protéger de façon immédiate – quoique *inter partes* – les droits fondamentaux²³¹.

En ce sens, dès 2015, la Cour de cassation a annulé un arrêt rendu en appel sur la base d'une règle absente dans le code de procédure pénale italienne, mais issue du droit conventionnel²³².

²²⁵ En ce sens, A. Ruggeri, « Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014 », *cit.*

²²⁶ V. *infra*, Titre II, Ch. 1, C.

²²⁷ Cour const., arrêt n°49/2015, §7.

²²⁸ §7. En ce sens, v. Marco Bignami, assistant à la Cour constitutionnelle, in « Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna », *Questione giustizia*, https://www.questionegiustizia.it/articolo/da-strasburgo-via-libera-alla-confisca-urbanistica-senza-condanna_10-07-2018.php

²²⁹ 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 al.*] (dir.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 125-161

²³⁰ V. *infra*, Titre II, Ch. 1, C.

²³¹ F. Viganò, « La Consulta e la tela di Penelope », *Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 342, https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/vigano_2_15.pdf

²³² *Ibid.*

Titre II – Les résistances à la subversion de la tradition civiliste

La Cour constitutionnelle et les juges ordinaires ont fortement encouragé l'hybridation de la tradition civiliste de l'ordre italien en accueillant l'approche axiologique-substantielle de la Cour de Strasbourg, lorsque cette approche est apparue plus efficace dans la protection des droits fondamentaux. Toutefois, dans la même période, et parfois dans le cadre d'une même affaire, la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ont érigé des limites à la déformalisation des sources du droit et ont tenté de contrer la tendance à la marginalisation du rôle de la *Consulta* dans la protection des droits.

Il ne saurait s'agir d'attitudes schizophrènes, mais d'actes de résistance lorsque les droits européens paraissent affaiblir - et non élever - le niveau de protection des droits fondamentaux garanti par l'ordre italien. L'approche formelle des sources du droit peut en effet protéger les droits autant que l'approche substantielle et, dans certaines affaires, pour les praticiens italiens, elle les protège mieux. C'est alors au gré des affaires, en fonction des droits en cause et des exigences de leur pondération, que les juges italiens, par leur attitude, révèlent les difficultés de la tradition civiliste face à l'intégration européenne. Des difficultés qui sont parfois fondées sur la base d'une analyse attentive et constructive des jurisprudences européennes et qui parfois, en revanche, témoignent de l'incompréhension profonde des juges civilistes concernant la structure et la *ratio* de l'ordre supranational, lorsqu'elles relèvent de la tradition de *common law*.

Des résistances, en outre, qui poursuivent des buts différents, selon les acteurs, mais qui dans aucun cas ne remettent en discussion le processus d'intégration européenne en matière de protection des droits fondamentaux. Elles essayent, plutôt, d'une part, à concilier ce processus avec la prééminence accordée en droit italien au droit législatif - tout particulièrement en matière pénale - et avec la conception civiliste de la jurisprudence (Chapitre I). D'autre part, elles tentent de préserver le rôle de la Cour constitutionnelle et de son contrôle dans le cadre d'une protection désormais plurielle des droits fondamentaux (Chapitre II).

Chapitre 1 – Les limites à la reconnaissance de la valeur normative du droit jurisprudentiel

Entre 2012 et 2017, trois affaires manifestent l'existence de tensions d'ordre culturel, avant que juridique, entre l'ordre italien et les systèmes supranationaux.

La première est une affaire exclusivement nationale, dans laquelle les juges ordinaires s'appuient sur la valeur normative reconnue à la jurisprudence de la Cour EDH pour revendiquer l'attribution de la valeur normative au droit jurisprudentiel national. La Cour constitutionnelle rend alors un arrêt de principe, en affirmant l'importance de la prééminence du droit législatif dans un État de droit de tradition civiliste (A).

La deuxième affaire concerne un conflit entre la tradition constitutionnelle italienne et le droit de l'Union européenne autour de l'étendue et de la signification du principe de légalité en matière pénale (B).

Enfin, la dernière affaire révèle les failles du processus d'assimilation « de l'inconnu au connu » auquel s'adonnent très souvent les praticiens italiens pour intégrer – et légitimer - des éléments du droit supranational étrangers dans la tradition civiliste. La compréhension manquée

de l'« intelligence intime »²³³ de l'ordre conventionnel conduit la Cour constitutionnelle italienne à établir une distinction erronée au sein de la jurisprudence de la Cour EDH, avec des conséquences préjudiciables pour la cohérence du système de contrôle de conventionnalité (C).

A. L'incompatibilité entre les traditions juridiques. L'affaire Beschi

Beschi est une affaire toute italienne en ce qu'elle implique les sections pénale et civile de la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle. La Cour EDH n'y est associée que de façon indirecte : l'eupéanisation des droits fondamentaux n'est qu'un argument en soutien d'une approche déformalisée de la loi, défendue par la section pénale de la Cour de cassation.

Toutefois, malgré son relief national, *Beschi* est une affaire incontournable puisqu'elle permet d'observer, tout d'abord, que les acteurs d'un même système réagissent différemment aux contaminations provenant de l'ordre supranational ; elle met en outre en exergue les invariants conceptuels qui, même par la suite, seront considérés comme structurant la tradition romano-germanique. Enfin, elle aborde la question fondamentale de savoir si la protection des droits fondamentaux, dans le nouveau contexte global, passe désormais par l'adoption d'une approche substantielle du droit – comme le prétend la section pénale de la Cour de cassation (1) ; ou bien, si elle peut être assurée de façon efficace sans renoncer à une approche formelle des sources du droit – comme l'affirment la section civile de la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle – (2).

1. Faire prévaloir la substance sur la forme en matière de protection des droits : une nécessité ?

Le 21 janvier 2010, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation italienne intervient pour clarifier une question centrale en matière de sources de droit, notamment la possibilité d'attribuer au revirement jurisprudentiel les mêmes effets et la même force contraignante que ceux de la loi.

Le cas d'espèce concerne un détenu italien, condamné à l'étranger, qui avait demandé de bénéficier de l'*indulto* de 2006, une mesure de faveur impliquant l'extinction de la peine principale, concédé par le législateur pour certains délits²³⁴. La Cour d'Appel de Milan avait rejeté la requête, se conformant à la jurisprudence de la Cour de cassation dominante à l'époque²³⁵. Quelques mois après, toutefois, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation avait renversé radicalement sa jurisprudence en la matière²³⁶. Suite à ce changement, le condamné avait demandé à nouveau à bénéficier de l'*indulto*. Il affirmait que la nouvelle interprétation donnée par les juges constituait bien le « nouvel élément » auquel l'art. 666, 2° al. du Code de procédure pénale italien se réfère pour apprécier l'admissibilité d'une demande rejetée précédemment par le juge de l'application des peines. Suite au pourvoi, la Cour de cassation se trouve alors à devoir évaluer si le changement de jurisprudence *in mitior* peut être considéré, à l'instar d'une modification législative, plus favorable au condamné et produire des effets rétroactifs, remettant en cause l'autorité de la chose jugée de la

²³³ E. Picard, « L'état du droit comparé en France », *RIDC*, 1999-4, p.889.

²³⁴ Loi n°241 du 31 juillet 2006, *G.U.* n° 176 du 31 juillet 2006.

²³⁵ Cette jurisprudence excluait l'application de l'*indulto* pour les personnes condamnées à l'étranger. V. Cour cass., sect. I, n°10266/2008.

²³⁶ Cass., Ass. plén., n° 36527/2008, *Foro it.* 2009, I, p. 5.

décision définitive. Indirectement, la Cour doit statuer sur la valeur du droit jurisprudentiel par rapport au droit de dérivation législative.

La force normative du revirement jurisprudentiel - Le 21 janvier 2010, la Cour de cassation, en Assemblée plénière considère qu'en matière pénale le revirement jurisprudentiel plus favorable au condamné constitue bien un élément nouveau, qui produit les mêmes effets rétroactifs qu'une loi pénale plus douce²³⁷.

Cette prise de position heurte de front l'un des piliers de la tradition romano-germanique. Dans ces systèmes, puisque la règle du précédent n'est pas admise et que le principe de séparation des pouvoirs inspire et structure le système juridique, le revirement jurisprudentiel ne peut pas acquérir la force de la loi, même s'il accorde au condamné un traitement plus favorable. Le principe d'égalité qui rend rétroactive l'application de la loi pénale plus douce succombe, dans le cadre du revirement jurisprudentiel *in mitius*, face aux exigences de la sécurité juridique et du principe de la séparation des pouvoirs. Le juge se limite à appliquer la loi et ses décisions ne produisent pas des effets *erga omnes*, pouvant remettre en cause l'autorité de la chose jugée.

Pour motiver un choix si novateur, la Cour s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, partageant l'approche « axiologique-substantielle » des sources du droit qui caractérise le système européen de protection des droits fondamentaux. Selon les juges de Cassation, l'interprétation du Code de procédure pénale italien doit s'adapter au nouveau contexte juridique, qui oblige le juge national à « interpréter le droit interne conformément aux dispositions de la Convention EDH, dans le respect de l'interprétation fournie par la Cour EDH »²³⁸. Cela en vue de « satisfaire la nécessité d'une interaction dialogique entre l'activité herméneutique du juge national et du juge européen, dans la perspective d'une protection plus complète des droits fondamentaux de la personne »²³⁹.

Ainsi, au nom de la double exigence de promotion du dialogue entre les juges et de protection des droits et libertés, la Cour de cassation, en matière de légalité pénale, s'éloigne de la tradition juridique italienne qui attribue force et validité aux normes en fonction de leur forme, pour adopter l'approche matérielle du juge européen²⁴⁰. La notion de « légalité » de l'article 7 de la Convention EDH est en effet « banalisée »²⁴¹ par la Cour EDH, qui inclut dans la notion de « loi », à la fois, le droit de production législative et le droit jurisprudentiel²⁴². Dans le cadre du système strasbourgeois, le principe de légalité en matière pénale est alors satisfait si la « norme », toute dérivation confondue, est capable d'assurer la prévisibilité des effets, l'accessibilité et la sécurité²⁴³.

²³⁷ Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, n°18288, 21 janvier 2010, in C.e.d. Cass., n° 246651. Étant donnée l'importance de la question juridique posée, la première section de la Cour de cassation sollicite l'avis de l'Assemblée plénière de la Cour, par ordonnance déposée le 21 octobre 2009.

²³⁸ Cour cass., arrêt *Beschi*, *cit.*, pt. 4. La Cour constitutionnelle a affirmé cette obligation à plusieurs reprises. V. : arrêts n° 349/2007 et n°239/2009, www.cortecostituzionale.it.

²³⁹ Cour cass., arrêt *Beschi*, *cit.*, pt. 5.

²⁴⁰ Dans l'arrêt *Association Ekin c. France*, 17 juill. 2001, n° 39288/98, la Cour EDH affirme clairement que « la notion de "loi" doit être entendue dans son acception "matérielle" et non "formelle". En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infra-législatif, ainsi que la jurisprudence qui l'interprète » (§46).

²⁴¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 504.

²⁴² *Ex plurimis* : CEDH, *Dragotoniou et autres c. Roumanie*, 24 mai 2007; *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008; Gr. Ch., *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010; *Alimuçai c. Albanie*, 7 fév. 2012; *Huhtamaki c. Finlande*, 6 mars 2012.

²⁴³ CEDH, *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, n° 17862/91 et *Achour c. France*, 29 mars 2006, n° 67335/01. La solution de la Cour EDH est élaborée, originairement, dans le but de ne pas exclure les systèmes de *common law* de la protection de la Convention (CEDH, *Sunday Times c. R.U.*, 26 avril 1979). Par la suite, la Cour a considéré que l'approche inclusive

Les arguments de la Cour de cassation justifiant le rapprochement des traditions juridiques - Afin de rendre acceptable une conception si étrangère à la culture du praticien du droit italien, la Cour de cassation tente de construire des passerelles entre les systèmes, en montrant que les processus de rapprochement sont déjà en marche et que la reconnaissance de la valeur normative du droit jurisprudentiel n'est plus un tabou dans la tradition romano-germanique.

Notamment, la Cour de cassation explique que la conception matérielle de la « norme » est cohérente avec un système, celui strasbourgeois, qui ne prend pas en compte la seule disposition conventionnelle, mais l'interprétation du texte effectuée par la Cour de Strasbourg. La jurisprudence européenne contribue ainsi à déterminer la signification réelle de la norme²⁴⁴, qui devient « norme vivante », c'est-à-dire une norme qui est « le résultat de l'interprétation et de l'application des juges ». Le choix de la notion de « norme » ou de « droit » « vivant »²⁴⁵ n'est pas hasardeux. En fine stratégie, la Cour de cassation note que « la position de la Cour européenne sur la portée et les marges de légitimité de l'ainsi dit « droit vivant » ne semble pas trop s'éloigner de ce qui a été affirmé par la Cour constitutionnelle [italienne] »²⁴⁶. La *Consulta* utilise, en effet, depuis longtemps la notion de « droit vivant »²⁴⁷, pour renvoyer à une doctrine qui conçoit « la norme non abstraitement, mais selon l'application quotidienne qui en est faite par les juges »²⁴⁸. La Cour de Cassation souligne alors que si la *Consulta* se réfère au droit vivant pour définir l'objet de son contrôle, elle attribue par conséquent à l'interprétation consolidée et constante des juges ordinaires la valeur de droit positif. Voici donc que les juges italiens jouent déjà un rôle central dans la détermination de la signification de la norme et cela par volonté expresse de la Cour constitutionnelle. L'attribution de la valeur normative aux revirements jurisprudentiels ne serait alors que l'aboutissement naturel d'un processus déclenché par le juge constitutionnel lui-même.

Si l'argument de la Cour de cassation a le mérite certain de mettre en exergue avec beaucoup de lucidité les mutations de la tradition juridique italienne et les facteurs, externes et internes, de cette transformation, les conséquences qu'elle en tire restent discutables. D'autant plus que la question qui se pose à ce stade est alors de savoir quels revirements jurisprudentiels peuvent acquérir la valeur de règles de droit produisant des effets *erga omnes*. Où se situe la limite permettant d'éviter une confusion totale des pouvoirs ? Comment peut-on limiter l'atteinte à la sécurité juridique représentée par une jurisprudence qui change sans cesse ?

était valable aussi pour les systèmes de *civil law* en raison du rôle central que la jurisprudence joue dans ces pays dans la définition de la portée de la norme pénale et, par conséquent, dans l'évolution du droit pénal (CEDH, Grande ch., *Kruslin c. France*, 24 avril 1990 ; Grande ch., *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009; *Previti c. Italia*, 8 décembre 2009).

²⁴⁴ Vladimiro Zagrebelsky, ancien juge à la Cour EDH, précise que pour la Cour de Strasbourg l'autorité de la chose jugée ne se limite pas au cas concret. L'ensemble des précédents de la Cour sont contraignants. « Du point de vue de la Cour européenne, le contenu de la Convention est essentiellement celui élaboré par la jurisprudence au cours des années, en relation à chaque droit ou liberté ». V. Zagrebelsky, « La CEDU e il principio di legalità nella materia penale », in V. Manes, V. Zagrebelsky (dir. par), *La CEDU nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 71.

²⁴⁵ Cour cass., arrêt *Beschi*, *cit.*, pt. 7.

²⁴⁶ *Id.*, pt. 8.

²⁴⁷ L'appellation « *diritto vivente* » a été utilisée pour la première fois par la Cour constitutionnelle en 1974 dans l'arrêt n° 276/1974.

²⁴⁸ 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*, *op. cit.* ; G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, janv.-mars 2010, pp. 9 ss. ; *Id.*, « La doctrine du droit vivant », *AIJC*, 1986, pp. 55 ss.

L'attribution autonome d'un pouvoir créateur - La Cour de cassation répond à ces questions, en élaborant une solution qui choque au plus profond la doctrine²⁴⁹ et par la suite le juge constitutionnel italiens. S'appuyant encore sur la jurisprudence constitutionnelle, la Cour suprême observe que le premier critère-filtre est constitué par la prise en compte d'interprétations jurisprudentielles consolidées et constantes ; le deuxième est constitué par la juridiction qui effectue le revirement *in mitior*. Or, le juge constitutionnel prête une attention particulière aux décisions adoptées par la Cour de cassation, en raison de sa fonction de garant du respect et de l'interprétation uniforme de la loi, ainsi que de l'unité du droit positif²⁵⁰. Une attention d'autant plus intense est consacrée aux décisions prononcées par cet organe en Assemblée Plénière, afin de mettre fin à des conflits jurisprudentiels sur des points importants de droit²⁵¹. Par conséquent, l'arrêt *Beschi* propose d'attribuer l'effet *erga omnes* exclusivement aux revirements de jurisprudence *in mitior* adoptés par la Cour de cassation en formation plénière²⁵².

Si cette attribution autonome d'un pouvoir créateur du droit par la Cour de cassation apparaît arbitraire²⁵³ et contestable sous le profil du principe de l'indépendance fonctionnelle des juges²⁵⁴, il est intéressant ici de rappeler que le Groupe de travail français sur les revirements de jurisprudence, en 2004, était arrivé à la même solution. Adoptant une approche pragmatique, le Groupe de travail ne se préoccupe pas de justifier le pouvoir créateur du juge, considéré désormais comme un fait²⁵⁵, mais plutôt de régler les effets des revirements de jurisprudence. Le Rapport attribue alors aux formations plénières de la Cour de cassation le pouvoir de « statuer sur le fait que sa décision porte bien revirement » et de « moduler les effets dans le temps de la décision de revirement »²⁵⁶. Tout en étant un pays de tradition de *civil law*, la France montre donc une plus grande souplesse vis-à-vis de la jurisprudence et de son statut dans la hiérarchie des normes²⁵⁷.

2. La réaffirmation du formalisme juridique et de son caractère incontournable dans un État de droit de tradition civiliste

Un an et demi après, la Cour de cassation civile en formation plénière réagit, en contestant l'atteinte portée par les collègues de la section pénale au système des sources du droit. Selon les juges civils, l'application de la loi n'implique pas sa production, qui demeure une compétence exclusive du législateur (a). Sont ainsi avancés les principaux arguments juridiques sur lesquels la Cour constitutionnelle statuera par la suite (b).

²⁴⁹ V. : F. Biondi, « La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso « valore » della fonte del diritto scritto ? », *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2010.

²⁵⁰ Art. 65 de la loi sur le système judiciaire R.D. n°12, 30 janvier 1941.

²⁵¹ Cour const., arrêts n° 317/2009, n° 260/1992, n° 292/1985, n° 34/1977.

²⁵² La jurisprudence *Beschi* est confirmée quelques mois après par la deuxième section pénale de la Cour de cassation. Cour cass., sect. II pén., arrêt *Merlo*, n° 19716, 6 mai 2010, in *C.E.D. Cass.*, n°247113.

²⁵³ F. Biondi, « La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso « valore » della fonte del diritto scritto ? », *cit.*

²⁵⁴ Art. 101, 2° al., Const.

²⁵⁵ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Paris, Litec, 2005, p. 10.

²⁵⁶ *Id.*, p. 49.

²⁵⁷ G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La création du droit par le juge*, Arch. phil. droit 50, Paris, Dalloz, 2007, p. 18.

a. Le caractère intrinsèquement démocratique de l'approche formelle

La portée révolutionnaire de l'arrêt *Beschi* n'est sous-estimée ni par la doctrine²⁵⁸, ni par les juges de la Cour de cassation section civile qui, un an et demi après, en juillet 2011, jouent le rôle de « contrerévolutionnaires », en déclenchant un conflit jurisprudentiel sur la valeur de la jurisprudence et sur son inclusion potentielle parmi les sources du droit.

Dans un arrêt concernant le revirement de jurisprudence *in mitius*²⁵⁹, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation civile considère que ce dernier, même s'il est prononcé en formation plénière, ne peut pas constituer un *ius superveniens*. La raison est clairement expliquée par la motivation de la décision :

« La norme juridique trouve sa source de production dans la loi, un acte juridique qui est de compétence exclusive des organes du pouvoir législatif. Dans le cadre des équilibres constitutionnels (inspirés du principe de la séparation des pouvoirs), les juges (étrangers au circuit de production des normes juridiques), dans le respect de l'art. 101, 2^e al. de la Constitution, sont assujettis à la loi. Cela réalise le seul lien possible dans un État de droit entre le juge, qui recouvre une charge non élective et qui est politiquement irresponsable, et la souveraineté populaire, dont la loi, produite par les parlementaires élus par le peuple et politiquement responsables, en est la pleine expression »²⁶⁰.

Seul le législateur est donc autorisé dans l'ordre juridique italien à produire et modifier le droit avec des effets *erga omnes*. Affirmer le contraire signifierait bafouer le principe de séparation des pouvoirs et son corollaire, le principe d'indépendance fonctionnelle des juges.

La plupart de la doctrine italienne partage, d'ailleurs, cet avis. La reconnaissance presque unanime du rôle créateur du juge ne conduit qu'une minorité d'auteurs à affirmer l'existence en Italie de la règle du précédent²⁶¹. Le précédent judiciaire, qui s'apparente de fait à la jurisprudence constante, n'a pas de force contraignante mais une simple force de persuasion²⁶². Cela est confirmé par le principe constitutionnel qui établit la soumission exclusive des juges à la loi²⁶³. Partageant cet avis, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation souligne que le juge n'a pas la fonction de « créer » le droit vivant, mais celle, plus modeste, de « dévoiler »²⁶⁴, au travers de l'interprétation, « la dimension effective du phénomène juridique »²⁶⁵. La « création » de la norme reste une

²⁵⁸ F. Biondi, « La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso « valore » della fonte del diritto scritto ? », *cit.*

²⁵⁹ Cour cass., Ass. plén. civ., 11 juill. 2011, n°15144, in *C.E.D. Cass.*, n°617905.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ G. Gorla, « Precedente giudiziario », in *Enc. Giur.* XXIII, 1990.

²⁶² A. Pizzorusso, « Delle fonti del diritto », in V. Scialoja et G. Branca (dir. par), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 525 ss ; G. Fiandaca, « Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione », *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.

En France, où le rôle créateur du juge est reconnu avec moins d'hésitation, la règle du précédent est toutefois exclue du système juridique. Le juge français, pris entre l'art. 4 du Code civil, qui lui impose de statuer même en cas d'insuffisance ou d'absence de texte écrit, et l'art. 5, qui interdit des arrêts de règlement, « possède une totale liberté théorique à l'égard des précédents jurisprudentiels » (D. Tallon, « Précédent », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1186). Bien qu'ils existent des « jurisprudences super constantes » dont l'abandon « paraît inconcevable et leur autorité est similaire à celle des précédents en droit anglais » (P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2005, n°364), les juridictions inférieures gardent un « pouvoir de résistance » (D. Tallon, « Précédent », *cit.*, p. 1187) vis-à-vis des décisions des instances supérieures.

²⁶³ Art. 101, 2^e al., Cost. V. : Cour const., arrêt n°40/1964.

²⁶⁴ Cour Cass., Ass. plén. civ., n°15144, *cit.*

²⁶⁵ E. Vincenti, « Note minime sul mutamento di giurisprudenza », *Cass. pen.*, 2011, p. 4130.

compétence exclusive du législateur. Par conséquent, les décisions judiciaires ne produisent que des effets *inter partes*, y compris celles rendues par la Cour de cassation en formation plénière. La force persuasive de ces arrêts ne saurait pas les transformer en prescriptions générales et abstraites.

La décision de la Cour de cassation civile met bien en évidence les incohérences de l'arrêt *Beschi*, par rapport aux fondements de la tradition civiliste. Toutefois, elle laisse en suspens la question de la capacité effective de l'approche formelle de protéger les droits, ou, tout du moins, de les protéger avec la même intensité que si l'on adoptait l'approche substantielle.

Le cas d'espèce de l'affaire *Beschi* montre en effet à quel point il est problématique qu'une personne soit condamnée en force d'une jurisprudence constante et, si un revirement jurisprudentiel *in mitius*, doté d'une certaine autorité, intervient, qu'elle ne puisse pas bénéficier de la mesure plus favorable. Comment peut-on tolérer, au nom du principe d'égalité, que deux personnes ayant commis les mêmes délits reçoivent des traitements différents en raison du moment - avant ou après l'intervention de la nouvelle interprétation jurisprudentielle - où la condamnation définitive est prononcée ? Le principe de la sécurité juridique ne serait-il pas lui-même atteint si la succession de revirements de jurisprudence non prévisibles pouvait être à l'origine de traitements différents en matière de restriction de la liberté personnelle ?

L'urgence de la réponse s'impose en droit pénal plus qu'en droit civil en raison de la gravité des conséquences sur les libertés individuelles de la première procédure par rapport à la deuxième.

b. L'attachement à la conception formelle de la légalité pénale

L'importance des principes constitutionnels en jeu dans ce débat interne à la Cour de Cassation ne pouvait pas manquer d'attirer l'attention et l'intérêt de la Cour constitutionnelle. Ainsi, dès le 27 juin 2011, le Tribunal de Turin a soulevé une question préjudicielle de constitutionnalité relative aux effets du revirement de jurisprudence *in mitius*, le juge des lois en a profité pour rendre une décision qu'on peut qualifier d'arrêt de principe sur le statut de la jurisprudence dans la tradition juridique italienne.

La question préjudicielle concerne l'article 673 du Code de procédure pénale (c.p.p.) italien. Cet article établit qu'en cas d'abrogation législative ou bien de déclaration d'illégitimité constitutionnelle d'une norme prévoyant une infraction ou un délit, le juge de l'application des peines doit révoquer les condamnations définitives prononcées en vertu de la disposition en question²⁶⁶. Le juge *a quo* considère cet article contraire à la Constitution dans la partie où il ne prévoit pas la possibilité de donner cours à la révocation si un revirement jurisprudentiel intervient pour éliminer la qualification pénale des faits²⁶⁷. La question sous-jacente concerne donc la valeur

²⁶⁶ Cet article correspond en partie à l'art. 112-4 du Code pénal français, là où il prévoit que « la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale. ». La disposition ne fait pas référence aux déclarations d'inconstitutionnalité qui abrogeraient une norme pénale *a posteriori*. Toutefois, suite à la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 qui a abrogé l'art. 222-33 du Code pénal et donc le délit d'harcèlement sexuel, la doctrine a considéré que « les personnes irrévocablement condamnées n'ont plus à exécuter leurs peines, à la condition toutefois que les faits matériels dont elles ont été reconnues coupables ne soient plus susceptibles d'aucune qualification pénale ». S. Detraz, « Harcèlement sexuel: justification et portée de l'inconstitutionnalité », *Rec. Dalloz*, n° 21, 31 mai 2012, p. 1372, spec. 1374

²⁶⁷ Trib. Torino, sect. III pén., ord. 27 juin 2011, Juge Natale, in *Diritto penale contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/questione%20leg%20cost%20673.pdf>.

du droit jurisprudentiel : le revirement jurisprudentiel, et tout particulièrement celui de la Cour de cassation en formation plénière, peut-il constituer valablement une cause survenue d'abrogation d'un délit, telle qu'une modification législative ?

L'adhésion du juge de Turin aux arguments de la Cassation - Le juge de l'application des peines de Turin adhère entièrement aux arguments de l'arrêt *Beschi*, l'infliction d'une peine pour une infraction qui ne subsiste plus en droit, en vertu d'une jurisprudence constante et uniforme, lui paraissant constituer une atteinte grave aux droits de l'homme. Toutefois, s'estimant incompétent pour modifier, par sa seule interprétation, la signification de l'article 673 c.p.c., il investit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle. Se référant à l'exigence affirmée par la Cour de cassation pénale de conformer le droit national au droit et à la jurisprudence de la Cour EDH, le juge *a quo* saisit la *Consulta*, à la fois, d'un contrôle de conventionnalité et d'un contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de conventionnalité concerne la conformité de l'art. 673 c.p.c. à l'article 7 de la Conv. EDH, *via* l'art. 117, 1^{er} al. de la Constitution. À partir de l'analyse de la jurisprudence européenne²⁶⁸, le juge turinois considère que la Cour européenne reconnaît la valeur législative du revirement jurisprudentiel *in mitius*. Par conséquent, le système italien devrait s'y conformer en attribuant aux revirements *in mitius* de la Cour de cassation en formation plénière une force contraignante *erga omnes*. L'argument de la proximité culturelle entre la notion de « droit vivant » européen et de « droit vivant » constitutionnel, mobilisé par la Cour de cassation, est repris en soutien de la question préjudicielle. En outre, la saisine relative à la constitutionnalité de l'article 673 c.p.c. ravive la traditionnelle tension entre, d'une part, les exigences de la protection du droit objectif et, d'autre part, celles de la garantie des droits subjectifs. Selon le juge turinois, face à l'impossibilité d'une conciliation, « la protection de l'ordre juridique interne », notamment la sécurité juridique et la stabilité des décisions de justice, doit céder face aux « exigences précises de la liberté personnelle »²⁶⁹. En d'autres termes, l'approche formelle, issue de la tradition romano-germanique, serait incapable à protéger de façon effective les droits fondamentaux.

Le juge constitutionnel et la défense de l'approche formelle en matière pénale - Le 12 octobre 2012, la Cour constitutionnelle italienne rend sa décision. Les juges considèrent admissible mais non fondée

En l'espèce, le revirement de jurisprudence concerne la loi n°286 du 15 juillet 2009, modifiant le décret législatif n°286 du 25 juillet 1998, *Testo unico sull'immigrazione* - Texte unique sur l'immigration -. La loi de 2009 a modifié l'art. 6 du décret de 1998 relatif à l'omission de la part d'un étranger se trouvant sur le territoire italien de présenter les documents d'identité et les titres de séjour. Dans le texte de 1998, était puni celui qui refuser de présenter le document d'identité « ou » la carte de séjour. Le nouveau texte punit ceux qui ne présentent pas le document d'identité « et » la carte de séjour. Certains juges du fond ont considéré que cette modification ne rendait plus punissables les étrangers irréguliers, puisque, de toute évidence, ils ne pouvaient pas être en possession de la carte de séjour. La première section de la Cour de cassation a d'abord considéré que les étrangers irréguliers continuaient d'être concernés par la disposition (Cour cass., sect. I, 23 sept. 2009, n°44157; sect. I, 20 janv. 2010, n°6343; sect. I, 30 sept. 2010, n°37060). L'Assemblée plénière de la Cassation opère ensuite un revirement jurisprudentiel qui exclut les étrangers irréguliers du champ d'application de la norme (Cour cass., Ass. plén., 24 fév. 2011, n° 16543). Par conséquent, le juge de Turin, en tant que juge de l'application des peines, est saisi par le ministère public d'une demande de révocation de la condamnation d'un citoyen malien irrégulier, ayant omis de présenter sa carte de séjour en 2010. Le ministère public demande que le condamné puisse bénéficier du revirement jurisprudentiel plus favorable intervenu après sa condamnation, ex art. 673 du c.p.c.

²⁶⁸ Notamment, CEDH, Grande ch., *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009 et

²⁶⁹ Trib. Torino, sect. III pén., (ord.) 27 juin 2011, *cit.*

la question préjudicielle présentée²⁷⁰ et saisissent l'occasion pour réaffirmer et préciser la tradition constitutionnelle d'un pays de *civil law*, fondée sur la séparation des pouvoirs et liée à une conception formelle des sources du droit, face aux déstabilisations que l'eupéanisation de la protection des droits fondamentaux semblerait provoquer.

En exerçant le contrôle de conventionnalité, le juge constitutionnel affirme que la conception « substantielle » retenue par la Cour de Strasbourg, et non celle « formelle » inhérente au principe constitutionnel de « légalité pénale », constitue une garantie des droits amoindrie. La réserve de loi affirmée par l'article 25, 2^e al., de la Constitution italienne impose 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 : c'est-à-dire le Parlement, élu au suffrage universel direct par tous les citoyens²⁷¹, dont les décisions sont prises à l'issue d'un processus impliquant une confrontation préalable avec toutes les forces politiques, y compris celles minoritaires, ainsi que, de façon indirecte, avec l'opinion publique »²⁷².

Pour ces raisons, la Cour constitutionnelle considère la réserve de loi en matière pénale un principe « central dans l'ordre juridique italien ». Non seulement, compte tenu du contexte juridique du pays, ce principe protège de façon plus efficace les droits et les libertés, mais il représente aussi un élément de la tradition constitutionnelle italienne, fondée sur une conception des sources du droit « rigoriste et hiérarchisée »²⁷³, qui attribue une place privilégiée à la loi.

Dans le cadre du système conventionnel, cette tradition peut et doit être préservée puisque, contrairement à ce que l'arrêt *Beschi* et le juge *a quo* affirment, il n'existe aucune obligation générale et absolue à la réception des normes conventionnelles en droit interne. La question de la réception de la règle conventionnelle relève en effet du régime constitutionnel des États, et ni la Convention, ni la Cour EDH n'imposent l'intégration du droit conventionnel en droit interne²⁷⁴. Ce système n'entend pas se substituer aux ordres juridiques nationaux prônant leur « uniformité absolue »²⁷⁵. Bien au contraire, fondé sur le principe de subsidiarité, il laisse une place prépondérante au droit national, donc à la diversité des traditions et dispositifs juridiques nationaux²⁷⁶.

La *Consulta* s'attache ensuite au contrôle de constitutionnalité relatif au droit interne, afin de statuer, d'une part, sur les rôles respectifs de la loi et de la jurisprudence dans la hiérarchie des normes, et, d'autre part, sur la véritable portée de la théorie du droit vivant.

Le refus de la règle du précédent - Concernant le premier point, les juges constitutionnels sont catégoriques : la jurisprudence de la Cour de cassation en formation plénière « aspire » à acquérir une autorité de la chose jugée stable et suivie par la généralité des juges, mais, puisque dans le système italien la règle du *stare decisis* n'existe pas, elle n'a qu'une valeur de persuasion. Ainsi, « la nouvelle décision de l'Assemblée plénière demeure potentiellement susceptible d'être contredite, à tout moment et par n'importe quel juge de la République ». Preuve en est que « même l'Assemblée

²⁷⁰ Cour const., arrêt n° 230, 12 octobre 2012, cons. 7.

²⁷¹ V. Cour const., arrêts n°394/2006 et n°487/1989.

²⁷² Cour const., arrêt n°230/2012, cons. 7, *cit.*

²⁷³ P. Deumier et T. Revet, « Sources du droit », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1432

²⁷⁴ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 200.

²⁷⁵ Cour EDH, *Sunday Times c. R.U.*, 1979, § 61.

²⁷⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 231-234.

plénière peut être contrainte à réviser ses positions sous l'impulsion des sections de la Cour de cassation, comme cela s'est déjà produit à plusieurs reprises »²⁷⁷. Pour la Cour, considérer le revirement de jurisprudence comme source d'un nouveau droit objectif, à l'instar de l'abrogation législative ou bien de la déclaration d'illégitimité constitutionnelle, comporterait « une véritable subversion du système »²⁷⁸ en place. Le principe de séparation des pouvoirs serait atteint ainsi que son corollaire : le principe d'indépendance fonctionnelle des juges. Selon la Constitution, aucune hiérarchie entre l'Assemblée plénière de la cassation et les juges ordinaires n'existe : les juges ne sont assujettis qu'à la loi²⁷⁹.

Des précisions sur la doctrine du droit vivant - La Cour constitutionnelle dément ensuite vigoureusement l'interprétation de la théorie du droit vivant effectuée par le juge *a quo* et la Cour de cassation dans l'arrêt *Beschi*. Si ces derniers prétendent affirmer que la théorie contribue à la reconnaissance au droit jurisprudentiel d'une place nouvelle et privilégiée, la *Consulta* rappelle les fondements et les limites de cette théorie. Élaborée en signe de « respect pour le rôle joué par les juges ordinaires dans l'interprétation du droit », la théorie du droit vivant impose qu'« en présence d'une orientation jurisprudentielle constante ou bien fortement partagée – tout particulièrement si consacrée par une décision de la Cour de cassation en formation plénière – la Cour constitutionnelle considère la disposition censurée dans la signification qui lui est attribuée par le juge lors de son application »²⁸⁰. Toutefois, « face à une orientation jurisprudentielle ayant acquis les caractères de droit vivant, le juge a la faculté et non pas l'obligation de s'y conformer »²⁸¹. Malgré la reconnaissance du rôle éminent de la jurisprudence de la Cour de cassation en formation plénière, la *Consulta* réaffirme ainsi la possibilité, constitutionnellement garantie aux juges inférieurs, de résister et de s'opposer aux décisions de la Cour suprême.

Enfin, les juges constitutionnels précisent que le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce trouve son fondement exclusif dans le principe d'égalité²⁸² et non pas dans le principe de non-rétroactivité des normes pénales plus sévères²⁸³, comme affirmé par le juge *a quo*²⁸⁴. Par conséquent, n'ayant pas un caractère absolu, la rétroactivité *in mitius* peut bien subir des dérogations par la législation ordinaire, là où le respect d'autres principes l'exige²⁸⁵.

Une conciliation est-elle possible entre les exigences du droit objectif et des droits subjectifs ? - S'agit-il donc du triomphe du droit objectif au détriment des droits subjectifs ? Pas vraiment. Même si la Cour constitutionnelle n'y fait pas référence, en se limitant essentiellement à un raisonnement *in abstracto*, il est à souligner que la plupart des juges italiens de l'application des peines, qui se sont trouvés face à des situations analogues à celle du juge de Turin, ont élaboré une solution, tout à la

²⁷⁷ Cour const., arrêt n°230/2012, cons. 9, *cit.*

²⁷⁸ *Idem*, cons. 10.

²⁷⁹ Art. 101, 2^e al., Const.

²⁸⁰ Cour const., arrêt n°230/2012, cons. 9, *cit.*

²⁸¹ *Ibid.* Dans le même sens : Cour const., arrêt n°91/2004.

²⁸² Art. 3, Const.

²⁸³ Art. 25, 2^e al., Const.

²⁸⁴ En France, en revanche, la rétroactivité des lois pénales, affirmée par l'art. 112-1, 3^e al. du Code pénal, a été rattachée par le Conseil constitutionnel à l'exigence de nécessité de peines, posée par l'art. 8 DDHC (CC, 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *JCP* 1981, II, 19701, note Frank).

²⁸⁵ Cour const., arrêt n°230/2012, cons. 11, *cit.* En ce sens aussi : Cour const., arrêts n°236/2011, n°215/2008, n°394 et 393/2006.

fois, garante des droits fondamentaux et respectueuse du principe de séparation des pouvoirs. Dans l'affaire en cause, la nouvelle interprétation jurisprudentielle concernait une modification législative, qui, dans un premier temps n'avait pas été considérée comme un *abolitio criminis* par la Cassation pénale. Les juges de l'application des peines, au lieu de demander l'extension de l'article 673 c.p.c. aux revirements *in mitius*, ont donc accueilli les demandes de révocation des condamnations définitives sur la base de la modification législative intervenue, considérée comme une loi plus douce²⁸⁶.

Malgré les maladresses et les « audaces » juridiques, l'arrêt *Beschi* tout comme la question préjudicielle turinoise ont le mérite d'avoir lancé un débat, à la fois, sur le rôle du droit jurisprudentiel et sur la place du droit conventionnel dans la hiérarchie des normes qui dans les années suivantes a été de très grande actualité.

B. Le choc entre les traditions juridiques. L'affaire Taricco

L'ordre de l'Union européenne présente, à la fois, des aspects propres à la tradition civiliste²⁸⁷ et à la tradition de *common law*. Notamment, la centralité du juge dans la création du droit représente l'élément qui rapproche le plus ce système de la tradition anglaise et qui, dans les dernières années, a cristallisé des résistances de la part des États membres de tradition civiliste.

La révolte de la Cour suprême danoise - C'est d'abord la Cour suprême danoise qui, le 6 décembre 2016, a adopté une décision²⁸⁸ qui constitue bel et bien un acte d'insoumission vis-à-vis du droit de l'Union, au nom de la tradition civiliste. En faisant suite à un arrêt préjudiciel de la Cour de justice de l'Union en matière de non-discrimination en fonction de l'âge dans un litige entre particuliers²⁸⁹, la Cour danoise estime que les principes généraux du droit de l'Union européenne n'ont pas de force contraignante dans l'ordre juridique interne s'ils ne sont pas fondés sur une disposition spécifique du Traité. De plus, elle considère qu'elle sortirait de son rôle constitutionnel si elle écartait une disposition nationale au profit du droit européen, ou bien si elle se pliait à une interprétation conforme du droit interne, comme demandé en l'espèce par la CJUE. Par conséquent, la Cour suprême applique une disposition nationale que le juge de Luxembourg a considérée contraire à un principe général du droit de l'Union²⁹⁰.

Le refus d'attribuer l'effet direct aux principes élaborés par la Cour de justice de l'UE est justifié à la lumière de la culture juridique danoise, fondée sur la conception législative et non jurisprudentielle de la norme. Par ce biais, la Cour danoise condamne implicitement l'approche dynamique adoptée par le juge européen, perçue comme intrusive et préjudiciable à la sécurité juridique et au principe de prévisibilité de la loi²⁹¹.

²⁸⁶ M. Gambardella, « *Eius est abrogare cuius est condere* », *Diritto penale contemporaneo*, 12 mai 2012, www.penalecontemporaneo.it

²⁸⁷ V. M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 136-137.

²⁸⁸ Cour suprême du Danemark, Case n° 15/2014, *Danske Industri [DI] acting for Ajos A/S vs. The estate left*

²⁸⁹ La décision fait suite à l'arrêt de la CJUE du 16 avril 2016, *Danske Industri*, C-441/14, qui, à son tour, répondait à une question préjudicielle posée par la Cour suprême danoise.

²⁹⁰ L'affaire concernait le principe de non-discrimination en fonction de l'âge dans un litige entre particuliers.

²⁹¹ V.: M. Madsen, H. Palmer Olsen, U. Sadl, « Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation », *European Law Journal*, 2017 ; M. Rask Madsen, H. Palmer Olsen, U. Šadl, « Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme

Cette décision mine les fondements mêmes du droit de l'Union. Elle implique en effet que chaque Constitution nationale pourrait définir de façon autonome la valeur des actes de l'Union. Alors qu'il est un ordre juridique autonome, l'ordre de l'Union deviendrait ainsi un ordre résiduel, dépendant des traditions et des pratiques juridiques nationales²⁹².

Dans cette affaire, le conflit culturel est alors porté à ses extrêmes conséquences : l'ordre interne rejette l'ordre supranational, perçu comme un « agent irritant »²⁹³ la tradition juridique étatique.

L'affaire Taricco - Au cours de la même période, la Cour constitutionnelle italienne est saisie d'une redoutable affaire *Taricco*²⁹⁴.

Celle-ci est issue d'un arrêt européen de 2015²⁹⁵, faisant suite à une question préjudicielle de 2014²⁹⁶. Est ici en cause la réglementation italienne sur l'interruption de la prescription de l'action publique dans le domaine des délits de fraude fiscale. L'arrêt *Taricco* établit que lorsqu'ils considèrent, en raison de la « gravité » et du « nombre considérable des cas de fraude », que la réglementation italienne n'est ni efficace ni dissuasive, les juges italiens doivent écarter les dispositions du Code pénal, en étendant par conséquent le délai de prescription et les possibilités de poursuite des accusés. L'intérêt financier de l'Union, protégé par l'art. 325 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), serait en effet affecté par une réglementation incapable de poursuivre et de punir efficacement les fraudeurs. L'inapplication des normes en matière de prescription n'affecterait pas, pour la Cour de Luxembourg, le principe de légalité (art. 49 de la Charte des droits fondamentaux) dans sa dimension de la non rétroactivité de la loi pénale *in peius*. Selon son interprétation, il s'agit, en effet, d'une norme de droit processuel et non pas substantiel.

À peine une semaine après, un conflit interprétatif des plus tendus autour de l'arrêt *Taricco* se déclenche entre les juges nationaux.

La troisième section pénale de la Cour de cassation donne application à la « règle *Taricco* » de façon très extensive²⁹⁷. Le lendemain, la Cour d'appel de Milan considère, toute au contraire, que la décision *Taricco* est une menace pour les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel. Elle refuse de l'appliquer et saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, dans laquelle elle demande de faire prévaloir les normes constitutionnelles sur les normes européennes²⁹⁸. Face

Court in *AJOS* », *VerfBlog*, 2017/1/30, <http://verfassungsblog.de/legal-disintegration-the-ruling-of-the-danish-supreme-court-in-ajos/>.

²⁹² A. V. O. Garner, « The borders of European integration on trial in the member states : Dansk Industri, Miller, and *Taricco* », *European Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 9, n° 2.

²⁹³ J. M. Smits, *The Europeanisation of National Legal Systems*, in M. Van Hoecke, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Portland, Hart Publ., 2004, p. 236.

²⁹⁴ Nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, « La voie italienne pour préserver la collaboration des juridictions dans l'Union européenne. Étude sur l'affaire *Taricco* », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, oct.-déc. 2017, p. 739-768.

²⁹⁵ CJUE, 8 sept. 2015, *Taricco* C-105/14.

²⁹⁶ Trib. Cuneo, *ordinanza* du 17 janvier 2014, GUP Boetti, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf

²⁹⁷ Le juge de cassation établit que l'arrêt *Taricco* s'applique même aux accusés de procès en cours, pour lesquels la prescription s'est réalisée avant la décision de la CJUE. Le juge de cassation argumente en affirmant que l'interprétation de la Cour de justice a une nature « déclarative » et non pas « créative » : « elle interprète les normes communautaires originaires, comme elles sont au moment de leur approbation ». Par conséquent, les interprétations du juge européen ont une portée rétroactive, valable aussi pour les lois nationales approuvées entre la date d'émanation de la norme européenne et celle de la décision interprétative du juge européen. Cour cass., Sect. 3, arrêt n° 2210 du 17 sept. 2015, *Pennacchini*, *cit.*

²⁹⁸ Cour d'appel de Milano, Sect. II pénale, *ordinanza* n° 339/2015, *cit.*

à l'insécurité juridique grandissante, la Cour de cassation suit cet exemple en juillet 2016²⁹⁹.

Un conflit juridique - À l'apparence, le conflit juridictionnel est essentiellement juridique. Il concerne en effet les différentes conceptions de la nature de la prescription de l'action publique dans les deux systèmes. Si pour la Cour de justice la prescription a une nature procédurale et ne bénéficie pas de la garantie de l'article 49 de la Charte de Nice, en Italie, en revanche, la prescription pénale a un caractère substantiel, en vertu d'une orientation « de droit vivant »³⁰⁰. La doctrine et la jurisprudence majoritaire considèrent en effet la prescription comme inhérente à l'incrimination de l'accusé³⁰¹. En ce sens, l'écoulement du temps n'a pas pour seule conséquence l'extinction de l'action publique : il élimine complètement l'incrimination. C'est donc une cause de renonciation totale de l'État à l'exercice de son pouvoir de punition³⁰². Cet effet s'explique par l'intérêt général de ne plus poursuivre les délits pour lesquels l'écoulement du temps « a réduit l'alarme de la conscience commune » et par rapport à la difficulté survenue d'acquiescer les preuves³⁰³. En outre, la finalité de la peine, qui est celle de la rééducation du condamné³⁰⁴, serait atteinte dans sa valeur téléologique si un écart trop important existait entre la punition et les faits incriminés. Par conséquent, la Cour constitutionnelle a systématiquement considéré que le principe de légalité en matière pénale, affirmé à l'article 25, 2^e al. de la Constitution italienne³⁰⁵, interdit la rétroactivité *in peius* non seulement des normes relatives aux délits et aux peines, mais aussi des dispositions relatives à la procédure d'incrimination, dont celles relatives à la prescription³⁰⁶.

Or, l'arrêt *Taricco* de la CJUE induit l'inapplication rétroactive, *in peius*, des normes sur l'interruption de la prescription³⁰⁷, et entre ainsi en conflit direct avec le principe constitutionnel de légalité. C'est ce qui a motivé la Cour d'Appel de Milan à soulever une question préjudicielle de constitutionnalité pour violation de ce principe³⁰⁸.

Un conflit culturel - La Cour de cassation, dans sa question préjudicielle de juillet 2016, va plus loin. Dans une ordonnance très proche d'un texte de doctrine, en raison de la richesse et de

²⁹⁹ Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, *cit.*

³⁰⁰ Cour d'appel de Milan, *cit.*, §6, p. 14. Il s'agit d'une jurisprudence consolidée de la Cour de cassation (Cour cass., sect. 1, arrêt n°43853, 24 sept. 2013, Rv. 25844 ; sect. 6, arrêt n°10284, 22 janv. 2014, Rv. 259445) et de la Cour constitutionnelle (*infra*).

³⁰¹ Cour d'appel Milan, *cit.*, pt. 6, p. 14 ; Cour Cass., sect. 3, *cit.*, pt. 4.2.3, p. 26. A noter que la position de la jurisprudence italienne n'est pas majoritaire en Europe. La plupart des ordres juridiques reconnaissent la nature processuelle et non pas substantielle de la prescription de l'action publique. C'est le cas, par exemple, de la France. En vertu de l'art. 112-2, 4^o du Code pénal, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines sont des lois de forme et, en tant que telles, sont applicables immédiatement. Ces lois peuvent donc concerner des infractions ou condamnations antérieures à leur entrée en vigueur, à la condition que les prescriptions ne soient pas déjà acquises. À la différence du système pénal italien, en France, le délinquant ne peut contester l'aggravation de sa situation par une loi nouvelle puisque en matière de prescription il n'a « qu'une simple expectative, non un droit acquis ». Le droit à la prescription ne peut être revendiqué tant que celle-ci n'est pas réalisée. V. : R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 380 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, p. 140.

³⁰² V. Cour Cass., Sect. I, arrêt n° 7442, 8 mai 1998.

³⁰³ Cour const., arrêt n°202/1971 ; arrêt n°254/1985 ; ordonnance n° 337/1999.

³⁰⁴ Affirmée à l'art. 27 C.

³⁰⁵ « Nul ne peut être puni, si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant que le fait soit commis ».

³⁰⁶ Cour const., arrêts n°455/1998 ; n°85/1998 ; n°393/2006 ; ordonnances n°317/2000, n°288/1999, n° 51/1999, n°219/1997, n° 294/1996, n° 137/1996.

³⁰⁷ La CJUE, toutefois, ne spécifie pas si la rétroactivité touche aussi les cas de prescription déjà réalisée.

³⁰⁸ Cour cass., *cit.*, pt. 6, p. 15.

l'exhaustivité de l'analyse juridique, la Cour suprême réfléchit à l'ensemble des menaces dérivant de l'application de l'arrêt européen et révèle la nature plus culturelle que normative du conflit. Le principe de légalité n'est pas seulement un principe constitutionnel, mais il est tout aussi un principe structurel de la tradition juridique romano-germanique³⁰⁹. En ce sens, le sacrifice du principe de primauté du droit de l'Union est nécessaire puisque le conflit normatif ouvert par l'arrêt *Taricco* est exceptionnel : il est issu, selon le juge, d'un choc culturel sans solution.

« *L'apogée de la jurisprudence-source du droit* » - Pour la Cour de cassation, l'arrêt bouleverse, en premier lieu, l'organisation italienne des sources du droit. La CJUE demande aux magistrats italiens d'écarter des dispositions pénales en vertu d'un arrêt qui est l'expression « d'un organe juridictionnel dépourvu de légitimation politique »³¹⁰. Il s'agit, pour la Cour de cassation, de l'« apogée de la jurisprudence-source du droit »³¹¹, qui est un concept propre d'un système de *common law*, mais étranger au droit italien appartenant à la famille de *civil law*.

En Italie, le principe de la réserve de loi impose 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 : c'est-à-dire le Parlement, élu au suffrage universel direct par tous les citoyens, dont les décisions sont prises à l'issue d'un processus impliquant une confrontation préalable avec toutes les forces politiques, y compris celles minoritaires »³¹². Érigée contre l'arbitraire du souverain et du juge, rempart de la démocratie parlementaire, la réserve de loi exclut tout droit de dérivation jurisprudentielle de son domaine³¹³.

Certes, la Cour de cassation reconnaît qu'en Italie, depuis les années quatre-vingt, les décisions de la Cour de justice de l'UE « ont, à l'instar des normes communautaires directement applicables, une efficacité immédiate dans l'ordre interne »³¹⁴. Toutefois, la Cour de cassation refuse que la Cour de justice puisse « exprimer des choix de politique criminelle dans l'ordre national »³¹⁵. Admettre une telle possibilité signifierait permettre « la mutation génétique irréversible de la *réserve de loi en réserve de droit* »³¹⁶. Or, l'approche formelle de la loi refuse toute assimilation du droit à la norme législative peine « la dissolution des garanties liées, historiquement et institutionnellement, au monopole législatif du droit pénal »³¹⁷.

L'extension du rôle du juge – Selon la Cour de cassation, la règle *Taricco* subvertit, en second lieu, le rôle du juge. La juridiction suprême considère que les expressions utilisées par la Cour de justice pour délimiter le domaine d'application de la règle *Taricco* sont très indéterminées et porte

³⁰⁹ En ce sens aussi J. Arlettaz, « La fin des *Taricco*. Le juge de l'Union face à la tradition romano-germanique », *AJDA*, 2018, p. 615 ss.

³¹⁰ Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, *cit.*, pt. 4.4.1., p. 36

³¹¹ *Id.*, *cit.*, pt. 4.2.6., p. 32.

³¹² La Cour de cassation cite ici l'arrêt n°230/2012 (cons. 7) de la Cour constitutionnelle. Dans cette décision, les Sages affirment pour la première fois de façon aussi claire que l'extension du terme « *law* » au droit jurisprudentiel par le droit de la Convention EDH constitue une protection moindre par rapport à celle fournie par la Constitution italienne.

³¹³ Ironie du sort, la Cour de cassation reprend ici les arguments que la Cour constitutionnelle avait employé en 2012 (arrêt n°230/2012) pour rejeter l'attribution de la valeur législative du revirement jurisprudentiel *in mitius* en matière pénale défendue par de la Cour de cassation elle-même.

³¹⁴ Cour Const., arrêts n° 389/1989; arrêt n°113/1985.

³¹⁵ Cour cass., *cit.*, pt. 4.4.1., p. 36.

³¹⁶ En italique dans l'arrêt.

³¹⁷ Pt. 4.4.1., p. 36.

ainsi atteinte au principe de précision rédactionnelle de la loi pénale, corollaire du principe de légalité³¹⁸. Notamment, la référence aux « fraudes et autres activités illégales qui portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union »³¹⁹ est imprécise en ce que la Cour de justice ne définit pas la notion de fraude et, en renvoyant à d'« autres activités illégales », ouvre de façon potentiellement illimitée le champ d'application de la règle³²⁰.

Quant à la notion de « fraude grave », pour la Cour de cassation le critère de gravité est des plus indéterminés en l'absence de paramètres normatifs univoques et directement applicables³²¹. En outre, le fait de conditionner l'application de la règle au constat que cette fraude se vérifie « dans un nombre considérable de cas »³²², implique une appréciation de nature statistique qui ne relève pas de la compétence du juge. La Cour de cassation souligne que la connaissance des magistrats, dans le système processuel italien, est limitée aux faits de l'affaire qui lui sont soumis³²³.

L'imprécision concerne enfin la norme-paramètre européenne : l'article 325 TFUE est défini par la Cour italienne comme une « norme programmatique », c'est-à-dire une disposition qui pose un principe et non pas une règle et qui n'est donc pas susceptible d'une application « automatique »³²⁴.

Le caractère indéterminé de la règle *Taricco* attribue ainsi au juge italien un pouvoir d'« appréciation »³²⁵ de la norme, en dehors de toute limite légale et de tout critère de référence. En ce sens, la règle *Taricco* ne serait pas pour la Cour de cassation une « règle d'action » qui puisse orienter les libres choix du citoyen, mais un « concept souple, soumis au total arbitre (dans le sens épistémologique) du juge », qui est obligé d'en déterminer le contenu³²⁶. Il est alors attribué aux magistrats nationaux un rôle de création normative, qui entre directement en conflit avec le principe de la séparation des pouvoirs et de la soumission exclusive du juge à la loi (art. 101, 2^e al. C)³²⁷, ainsi qu'avec le principe d'égalité (art. 3 C). La Cour de cassation souligne expressément la distance culturelle, d'ordre ontologique, qui sépare le système italien du système européen. Cette imprécision « extrême », dit le juge, « est probablement plus adaptée aux différentes expériences de *common law*, qui constituent, souvent de façon significative, la matrice culturelle de la juridiction européenne »³²⁸.

La mise à mal d'un droit pénal humaniste - Pour la Cour suprême, le choc des cultures s'étend également à la conception de la finalité de la peine, et, plus largement, du droit pénal. La CJUE justifie la prorogation des délais de prescription par l'exigence de protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Or, cette fonction de la peine est foncièrement étrangère à celle, prévue par la Constitution italienne (art. 27, 3^e al. C), de la rééducation du condamné. Pour la Cour

³¹⁸ Corollaire de la sécurité juridique, le principe de précision garantit au citoyen de connaître exactement les interdictions et les sanctions associées, et, secondairement, de se défendre en cas d'accusation, en prévenant tout abus judiciaire. La Cour constitutionnelle considère que le principe de précision est protégé par l'art. 25, 2^e al. C (arrêt n°96/1981).

³¹⁹ CJUE, aff. *Taricco*, *cit.*, pt. 47.

³²⁰ Cour cass., *cit.*, pt. 4.5, p. 38.

³²¹ *Idem.*

³²² CJUE, aff. *Taricco*, *cit.*, pt. 47.

³²³ Art. 187, Code proc. pén.

³²⁴ Cour cass., pt. 4.5, p. 39.

³²⁵ Le juge de Cassation se livre, à ce sujet, à une réflexion très intéressante sur la distinction entre les concepts d'« interprétation », d'« appréciation discrétionnaire » et d'« évaluation ». Ord. *cit.*, pp. 40-41.

³²⁶ Cour cass., *cit.*, p. 41.

³²⁷ *Id.*, pt. 4.7, p. 42.

³²⁸ *Id.*, pt. 4.5, p. 40.

italienne, « la vision personnaliste sous-tendue par la fonction rééducative de la peine succombe à la vision patrimoniale et financière sous-tendue par la protection des intérêts financiers de l'Union »³²⁹. La différence culturelle est alors ici plutôt d'ordre axiologique et le constat de la Cour suprême nous renvoie aux accusations, désormais récurrentes, contre une Union européenne prête à sacrifier les droits civils et sociaux des individus au nom des impératifs économiques.

Le constat d'une différence culturelle irréductible, puisqu'à la fois ontologique et axiologique, entre le système interne et l'ordre de l'Union conduit les juges *a quo* à exclure toute forme de conciliation³³⁰ et à demander, par conséquent, à la Cour constitutionnelle de s'opposer à la primauté du droit de l'Union via la théorie des « contre-limites »³³¹.

Investie de l'affaire la Cour constitutionnelle décide de ne pas trancher dans l'immédiat, mais de poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne³³². Dans l'*ordinanza*, la *Consulta* change de perspective : elle quitte le seul espace particulier, national, pour embrasser en même temps l'espace culturel commun, européen. Au lieu d'opposer entre elles les traditions juridiques, elle pousse à identifier, voire construire, une tradition culturelle qui rapproche les systèmes. Nous traiterons diffusément de cette *ordinanza* dans la Seconde partie, en ce qu'elle propose une solution aux bouleversements systémiques et elle annonce le tournant pluraliste de la Cour.

C. Les incompréhensions entre les traditions juridiques. Les affaires Varvara et GIEM

Bien qu'à la différence de l'ordre de l'Union, dans les États qui n'ont pas encore ratifié le Protocole n°16, le système de la Convention ne soit pas doté d'un instrument formel de dialogue entre les juges nationaux et la Cour européenne des droits de l'homme, des échanges indirects s'établissent, lorsqu'une décision peine à être acceptée dans l'un des deux ordres.

L'on peut alors constater que les raisons des conflits relèvent très souvent de l'incapacité chez les juges nationaux, tout comme chez les juges supranationaux, de raisonner avec les catégories juridiques de l'autre ordre juridique, afin de comprendre le vrai sens des décisions de justice respectives.

L'affaire *GIEM c. Italie*³³³, sur laquelle la Cour EDH a statué en 2018, est exemplaire en ce qu'elle révèle, d'une part, la difficulté pour la Cour constitutionnelle italienne de saisir l'autorité de

³²⁹ *Id.*, pt. 4.8, p. 43.

³³⁰ Cour cass., *cit.*, pt. 4.2.5., p. 29 ; Cour d'appel de Milan, *cit.*, pt. 6, p. 15.

³³¹ En vertu de la jurisprudence constitutionnelle, le juge national en cas de doute sur la compatibilité d'une norme européenne avec un droit fondamental doit saisir la CJUE d'une question préjudicielle. Une fois l'arrêt européen rendu, il doit évaluer si le conflit demeure et il pourra éventuellement saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle (Cour const., arrêt n°509/1995). En l'espèce, la Cour d'Appel et la Cour de cassation ont considéré la violation manifeste et exclu toute possibilité de conciliation. Pour cette raison, elles n'ont pas saisi le juge européen, mais directement le juge constitutionnel.

³³² Cour const., *ordinanza* n°24/2017 (audience le 23 nov. 2016, déposée le 26 janv. 2017), <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Il s'agit de la troisième question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle italienne à la CJUE. Les deux précédentes sont : l'ord. n°103/2008 qui pose une question dans le cadre d'un jugement par voie principale (issu d'un conflit entre l'Etat et la région Sardaigne) ; et l'ord. n°207/2013 qui soulève une question dans le cadre d'un contrôle incident de constitutionnalité. Sur les raisons de la réticence originaire de la Cour constitutionnelle italienne à recourir au renvoi préjudiciel v. G. Repetto, « Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court », *German Law Journal*, vol. 16, n°6, 2015, pp. 1449-1470.

³³³ CEDH, GC, *G.I.E.M. Srl et autres c. Italie*, 28 juin 2018, Req n° 1828/06 et 2 autres.

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en se détachant des catégories de droit interne. D'autre part, elle illustre la difficulté pour la Cour de Strasbourg à comprendre les raisons avancées par la Cour italienne, à la lumière de la mission particulière qu'elle revêt dans l'ordre interne. En arrière-plan, la diversité des cultures juridiques, encore une fois, génère les conflits et bouscule les certitudes des juges nationaux, tout comme supranationaux.

Le cas d'espèce - En l'espèce, il s'agissait pour la Cour de Strasbourg de revenir sur une question juridique qu'elle avait déjà traitée dans l'affaire *Varvara c. Italie*³³⁴ et qui avait donné lieu, en Italie, à une décision de la Cour constitutionnelle, très commentée par la doctrine³³⁵. L'arrêt semblait, en effet, ériger un nouveau mur contre la pleine intégration du droit conventionnel en droit interne.

En réalité, sur le fond de l'affaire, le déroulement des jurisprudences nationales et supranationales raconte plutôt une histoire de concessions réciproques, de partis pris révolus et d'une convergence progressive des règles prétorienne en matière de confiscation pour lotissement illicite. En effet, en Italie, une orientation jurisprudentielle consolidée³³⁶ prévoyait que la confiscation pouvait intervenir même si les imputés n'avaient pas été condamnés, dès lors que les poursuites s'étaient éteintes du fait de la prescription. Cela ne portait pas atteinte aux garanties du droit pénal, puisque la confiscation urbaine est considérée en Italie comme une sanction administrative et non comme une peine. Or, en 2009, la Cour européenne des droits de l'homme intervient une première fois pour affirmer qu'une confiscation pour lotissement illicite est une « peine » au sens de l'article 7 CEDH et que, par conséquent, elle bénéficie des garanties que la Convention attribue à la matière pénale (art. 6 et 7 Conv. EDH, 2, 3, 4 Prot. 7)³³⁷.

La jurisprudence italienne opère alors un revirement jurisprudentiel : la confiscation est effectuée seulement si la culpabilité du propriétaire est prouvée. Elle continue toutefois d'être appliquée même si le délit est prescrit, puisque la prescription de l'action publique n'équivaut pas à un arrêt d'acquiescement.

Droit de propriété versus protection du paysage - En 2013, le juge strasbourgeois se penche à nouveau sur cette question et condamne encore une fois l'Italie : puisque la confiscation est une « peine », son application présuppose une condamnation formelle de l'accusé. La déclaration de la confiscation dans l'arrêt qui constate la prescription des poursuites n'est donc pas compatible avec la Convention (art. 6 §2 et 7 ; et protection de la propriété privée art. 1 du Prot. n°1).

Il est à noter qu'à la différence du cas *Taricco*³³⁸, dans cette affaire, le droit supranational protège mieux les droits des accusés par rapport à une jurisprudence nationale préoccupée essentiellement par les conséquences de la prescription de délits avérés sur le paysage et l'environnement. Il se trouve, en effet, qu'à cause d'une réglementation de la prescription très favorable aux accusés Italie,

³³⁴ CEDH, *Varvara c. Italie*, 29 oct. 2013, 17475/09.

³³⁵ Cour const., arrêt n°49/2015.

³³⁶ Il s'agit notamment de l'interprétation de l'art. 44, 2° co., d.p.r. n. 380/2001.

³³⁷ CEDH, *Sud Fondi Srl et autres*, 20 janv. 2009, 75909/01.

³³⁸ Dans son opinion séparée à l'arrêt *GIEM*, le juge portugais Pinto De Albuquerque met en évidence, avec une certaine ironie, que si dans l'affaire *Taricco* la Cour constitutionnelle italienne défendait la nature substantielle de la prescription et donc l'exigence d'une plus grande garantie pour les accusés, dans l'affaire *Varvara*, en revanche, la « peine » de la confiscation est justifiée, même si le délit est prescrit, au détriment de l'accusé. Les deux questions juridiques, toutefois, ne sauraient être apparentées en droit italien. Sur ce point v. M. Bignami, « Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna », *cit.*

très peu de procès pénaux concernant le délit de lotissement illicite se concluent par un jugement sur le fond³³⁹. Par conséquent, la confiscation en l'absence de condamnation est la seule arme réellement efficace pour défendre un territoire meurtri par les ravages des constructions illicites. De toute évidence, c'est bien le législateur qui devrait mettre fin à cette situation et, par une réglementation adaptée de la prescription, le conflit inter-normatif serait également résolu. Toutefois, puisqu'il ne le fait pas, les juges italiens prennent en charge ce combat, qui est par ailleurs vital pour la préservation d'un environnement sain et d'un développement urbain rationnel.

Voici la raison pour laquelle, suite à l'arrêt *Varvara*, la Cour de cassation saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle³⁴⁰. Elle invoque les « contre-limites » contre le droit conventionnel, en ce que ce dernier, dans l'interprétation de son juge, porterait atteinte à des principes et à des obligations constitutionnels plus importants par rapport à ceux défendus par la Cour EDH³⁴¹.

Une entente sur le fond - Or, sur le fond, la Cour constitutionnelle cherche une solution de compromis³⁴². Elle rejette la question préjudicielle de la Cour de cassation et, sans remettre en question le droit vivant italien, elle dialogue indirectement avec la Cour EDH en expliquant les raisons concrètes qui ont conduit à la consolidation d'une telle règle prétorienne. En outre, en essayant de mieux protéger le principe de la présomption d'innocence défendu par la Cour EDH, la *Consulta* redéfinit la procédure en indiquant que le juge pénal peut ordonner la confiscation à la seule condition que la culpabilité de l'accusé ait été prouvée. Ainsi, si un arrêt de condamnation n'est plus possible à cause de la prescription du délit, le juge garde un pouvoir d'enquête. L'illicéité de la construction prouvée, le juge peut ordonner la confiscation des biens et/ou des terrains par un arrêt dûment motivé³⁴³.

Investie à nouveau de la question, la Grande Chambre de la Cour européenne prend acte des longues explications contenues dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur les raisons contextuelles d'une telle norme de droit vivant et, elle aussi, fait œuvre de conciliation en affirmant que, bien que « les mesures de confiscation s'analysent en des "peines" au sens de l'article 7 de la convention », « pour autant, elle n'exclut pas la possibilité pour les autorités nationales d'imposer des "peines" à

³³⁹ M. Bignami, « Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna », *cit.*

³⁴⁰ Cour cass., 3^e sect. pénale, *ordinanza* n°1139/2014. La Cour de cassation conteste, notamment, une « conception absolue » du droit de propriété défendu par la Cour EDH. V. R. Barberini, « La Cassazione rimette alla Corte costituzionale la questione Varvara », *Questione giustizia*, https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-rimette-alla-corte-costituzionale-la-questione-varvara_26-05-2014.php

³⁴¹ La Cour constitutionnelle est saisie en même temps d'une autre question préjudicielle qui, tout au contraire, demande la déclaration d'inconstitutionnalité du droit vivant italien en matière de confiscation pour lotissement illicite, puisqu'il serait contraire au droit conventionnel. Trib. Teramo, ord. 17 janvier 2014, Tetto, note de A. Galluccio, « La confisca urbanistica ritorna alla Corte costituzionale », *Diritto penale contemporaneo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1402309504GALLUCCIO%202014.pdf>

³⁴² Cour const., arrêt n°49/2015. En ce sens : F. Viganò, « La Consulta e la tela di Penelope », *Diritto penale contemporaneo*, n°2/2015, p. 336

³⁴³ Il est à noter que Vladimiro Zagrebelsky, ancien juge à la Cour EDH, dans son commentaire à l'arrêt n°49/2015 avait pronostiqué la possibilité d'une entente entre les cours, en soulignant que le respect des principes du procès équitable (art. 6 Conv. EDH), et en particulier la présomption d'innocence, exigent que la confiscation soit déclarée dans un arrêt qui prouve, en le motivant, la responsabilité délictuelle de l'accusé. V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *Osservatorio costituzionale*, mai 2015.

travers des procédures autres que des procédures pénales au sens du droit national »³⁴⁴. En conclusion, la confiscation peut bien être appliquée dans un arrêt qui déclare la prescription du délit³⁴⁵.

Sur le fond, l'entente est trouvée³⁴⁶. En revanche, l'opposition reste nette en ce qui concerne un autre aspect marquant de l'arrêt n°49/2015. C'est bien cette opposition entre la Cour constitutionnelle (1) et la Cour EDH (2) qui retient, ici, toute notre attention.

1. Les pièges d'une interprétation autoréférentielle de la notion de « jurisprudence »

Dans l'arrêt n°49/2015, la Cour constitutionnelle établit une distinction arbitraire entre la « jurisprudence consolidée » de la Cour EDH et les décisions « isolées », qui n'exprimeraient pas une orientation jurisprudentielle constante³⁴⁷. Pour le juge italien, l'autorité des deux typologies de décision n'est pas la même. Les arrêts – même ceux concernant d'autres États membres – issus d'une jurisprudence consolidée produiraient, *de facto*, des effets *erga omnes*, obligeant, d'une part, tous les juges ordinaires de conformer l'interprétation des lois nationales à leurs contenus et, d'autre part, le juge constitutionnel de déclarer l'inconstitutionnalité de la loi nationale qui ne pourrait pas faire l'objet d'une interprétation conventionnellement conforme³⁴⁸.

En revanche, les décisions isolées ne produiraient que des effets *inter partes*, au sein du procès qui a généré le recours à la Cour EDH. Pour le reste, selon la Cour constitutionnelle, les juges nationaux seraient libres de prendre les distances avec de telles jurisprudences, en appliquant un droit qui y serait même contraire. En effet, les juges nationaux ne seraient pas devenus, sous l'effet de la CEDH, des « récepteurs passifs d'un commandement interprétatif émis ailleurs, sous la forme d'une décision juridictionnelle »³⁴⁹. Lorsque « sur des questions de principe il n'y a pas encore une jurisprudence européenne consolidée »³⁵⁰, il serait à privilégier une approche horizontale, de dialogue entre les juges, plutôt qu'une approche verticale, hiérarchique. Ainsi, les juges nationaux pourraient s'éloigner de la solution strasbourgeoise pour expérimenter des solutions différentes qui, dans une logique de coopération et d'échange entre les cours³⁵¹, pourraient induire les juges européens à des revirements jurisprudentiels.

Les critères établis par la Cour constitutionnelle - Or, la question dirimante est celle d'identifier les critères permettant de différencier les jurisprudences « consolidées » des jurisprudences « isolées ». La Cour constitutionnelle avoue que la distinction « n'est pas toujours immédiatement évidente »³⁵².

³⁴⁴ CEDH, *GIEM c. Italie*, cit., § 233, *in fine*.

³⁴⁵ M. Bignami, « Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna », cit.

³⁴⁶ Laurence Bugorgue Larsen, avec le regard de la « conventionnaliste », critique « cette multitude de concessions faites à l'endroit de l'Italie et de son gardien constitutionnel », en ce que cela risque de poser un problème d'application dans les autres États membres du Conseil de l'Europe. Id., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier-août 2018) », *AJDA*, 2018, p. 1770.

³⁴⁷ Cour const., arrêt n°49/2015, §7.

³⁴⁸ La Cour constitutionnelle pourrait refuser une telle déclaration dans le cas où la norme conventionnelle serait contraire à une norme constitutionnelle. Cette éventualité est toutefois définie comme « exceptionnelle » dans l'arrêt (§7).

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Id.*

³⁵² *Id.*

Toutefois, elle ne contourne pas l'obstacle et, en se fondant sur une interprétation toute nationale du système normatif et juridictionnel de la CEDH, elle indique cinq critères susceptibles « *sans doute*, d'orienter le juge national dans son processus de discernement »³⁵³ en lui permettant de repérer les jurisprudences isolées. Il s'agit notamment : 1/ du caractère « créatif » du principe affirmé, par rapport à la jurisprudence européenne « traditionnelle » ; 2/ de l'existence d'éléments différents ou même contraires par rapport à d'autres décisions de la Cour de Strasbourg ; 3/ de la présence d'opinions dissidentes, « tout particulièrement si corroborées par des robustes déductions » ; 4/ de l'éventualité que la décision soit adoptée par une section et n'ait pas reçu l'aval de la Grande Chambre ; 5/ de la possibilité qu'existe un doute sur le fait qu'en l'espèce le juge européen n'ait pas pu apprécier les caractéristiques propres à l'ordre juridique national, et qu'il ait donc étendu des critères de jugement élaborés en fonction d'autres États membres, mais peu adaptés au cas italien.

En conclusion, la présence de tous ou bien de certains de ces éléments dans une affaire donnée libérerait les juges ordinaires de l'obligation de se conformer au droit conventionnel et, par conséquent, de la nécessité de saisir la Cour constitutionnelle pour qu'elle exerce un contrôle de conventionnalité.

Une analyse influencée par la tradition civiliste - L'analyse de la Cour constitutionnelle est fortement marquée par la tradition romano-germanique dont elle est issue.

La reconnaissance du droit conventionnel « tel qu'interprété par la Cour européenne » en 2007³⁵⁴, d'une part, et la référence en 2009 à la notion de « jurisprudence consolidée » de la Cour strasbourgeoise³⁵⁵, d'autre part, révélaient déjà l'assimilation faite par le juge constitutionnel entre la jurisprudence de la Cour EDH et celle de la Cour de cassation italienne³⁵⁶. Aux yeux continentaux de la Cour constitutionnelle, la Cour EDH, tout comme la Cour de cassation italienne, énoncerait dans sa jurisprudence « normative » un principe de droit dans des termes généraux et abstraits, comme s'il s'agissait d'une loi. Dans cette optique, il est alors compréhensible que la présence d'opinions séparées affaiblisse la portée de l'arrêt jusqu'à lui enlever l'autorité de « règle » d'application immédiate et obligatoire. De même, la discontinuité d'un arrêt par rapport aux « précédents » ferait de cette décision une « jurisprudence isolée ». Et encore, ce rapprochement abusif explique pourquoi, pour la Cour constitutionnelle, la seule juridiction capable d'exprimer une règle de portée générale sur une question de principe, à l'instar de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation italienne, serait la Grande chambre de la Cour EDH.

Toutefois, le système de la Convention EDH répond à des principes et obéit à un fonctionnement fort différents, proches de la tradition de *common law*. La jurisprudence de la Cour EDH fuit l'abstraction, la généralisation, puisqu'elle est casuistique : les juges ne se livrent pas à un raisonnement déductif mais à une transduction³⁵⁷. En d'autres termes, ils examinent les faits et le problème juridique, puis les rapprochent des cas précédemment jugés. En passant d'un cas

³⁵³ Surligné par l'auteur.

³⁵⁴ Cour const., arrêts n°348/2007 et n°349/2007.

³⁵⁵ Cour const., arrêt n°311/2009.

³⁵⁶ En ce sens aussi, V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *cit.*

³⁵⁷ P. Legrand et G. Samuel, *Introduction au Common Law*, Paris, La Découverte, 2008, p. 43.

particulier à un autre, ils cherchent à avoir l'image « photographique »³⁵⁸ la plus précise de toutes les données de l'affaire. La règle de droit correspond à la *ratio decidendi*, le raisonnement expliquant la solution à la lumière des faits³⁵⁹.

Le précédent dans le système conventionnel - En ce sens, tous les précédents contribuent à faire de la Convention « un instrument vivant », en ce qu'elle vit à travers l'interprétation de la Cour, « à la lumière des conditions de vie actuelles »³⁶⁰.

Ainsi, à l'instar des systèmes de *common law*, le précédent en droit de la CEDH est contraignant et il est une source du droit conventionnel. En effet, bien que la Cour « ne soit pas liée par ses décisions antérieures »³⁶¹, « elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention »³⁶². Cela ne l'empêche pas d'opérer des revirements « si des raisons impérieuses lui paraissent le demander »³⁶³, telles que l'adéquation de la Convention à un cadre normatif européen ou international changé ou bien à des évolutions socio-culturelles qui touchent les droits fondamentaux³⁶⁴. Et, tout comme les juges de *common law*, pour s'écarter des précédents et donner vie à une nouvelle interprétation de la Convention, la Cour EDH recourt à la méthode du *distinguishing*, en démontrant qu'il n'y a pas d'identité entre le cas d'espèce et les précédents qui pouvaient paraître analogues³⁶⁵.

Le rôle de la Grande Chambre - En ce qui concerne le rôle de la Grande Chambre et l'autorité de ses arrêts, encore une fois, la Cour constitutionnelle italienne est aveuglée par sa propre culture juridique. La Conv. EDH, telle qu'amendée par le Protocole n°11³⁶⁶, institue une juridiction unique,

³⁵⁸ Geoffrey Samuel distingue la conception mathématique et photographique du droit in « Common Law », in J. Smits (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2^e éd., 2012, p. 169-190.

³⁵⁹ Une règle de droit sera réputée donner naissance à un précédent si elle est traitée par le juge « comme une étape nécessaire pour arriver à sa conclusion ». D. Baranger, « Angleterre (culture juridique) », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 52.

³⁶⁰ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n°5856/72, §31.

³⁶¹ V. l'art. 51 par. 1 de son règlement, https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_fra.pdf

³⁶² CEDH, *Cossey c. RU*, 27 sept. 1990, §35. Dans l'arrêt *Chapman c. RU* (18 janv. 2001, Gr. Ch., RTDH, 2001, 887, obs. F. Sudre), la Cour EDH se réfère expressément à la notion de « précédent » : « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écartere pas sans motif valable des précédents ».

³⁶³ *Id.*

³⁶⁴ CEDH, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 juill. 2002, § 74; *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, 4 fév. 2005, § 121; *Demir et Baykara c. Turquie*, 2 novembre 2008, §§ 153-154; *Scoppola c. Italia*, 7 sept. 2009, §§ 104-109. Dans les systèmes de *common law* aussi le caractère obligatoire des précédents n'empêche pas les revirements jurisprudentiels lorsque l'évolution de la société l'exige. Il suffit de penser au *Practice Statement* de la Chambre des Lords britannique qui, en 1966, a affirmé qu'« un respect trop rigide du précédent peut s'avérer injuste dans des cas particuliers, et également restreindre à l'excès la bonne administration du système juridique. Elles (Leurs excellences) se proposent donc de modifier leur pratique et (...) de s'écarter d'une décision précédente quand cela semble juste » (cité par C. Haguenu-Moizard, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 2018, p. 176). En droit américain, l'approche est partiellement différente. La règle du précédent est consacrée (Arrêt *Cobens v. Virginia*, 19 US (6 Wheat) 264 (3 mars 1821), E. Zoller, *Les Grands Arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 56 ss.), mais la Cour suprême ne voit dans la *common law* qu'un principe de politique jurisprudentielle (*policy*) et « le précédent peut céder devant le besoin de la loi nouvelle ». La Cour suprême procède ainsi à des revirements de jurisprudence avec plus de souplesse que l'ancienne Chambre des Lords et l'actuelle Cour suprême britannique, en lui attachant même des effets rétroactifs (par ex. *Brown v. Board of Education*, 1954). V. E. Zoller, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20 (dossier : Revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006.

³⁶⁵ CEDH, *Cossey c. UK*, *cit.*, §35.

³⁶⁶ Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, au sein de la Cour il y a plusieurs formations de jugement³⁶⁷, mais il n'existe pas une hiérarchie interne à la Cour³⁶⁸ comme peut exister une hiérarchie dans le système juridictionnel de *common law*³⁶⁹ et, bien que d'une façon différente, dans l'organisation juridictionnelle des pays de *civil law*³⁷⁰.

Pour la Cour EDH, tout précédent, c'est-à-dire toute interprétation faite à propos d'un point de droit dans une affaire donnée, détermine, en principe, le jugement dans une affaire successive, lorsqu'il s'agit de décider du même point de droit. Un arrêt, rendu par une section, est contraignant jusqu'à ce que son orientation ne soit modifiée par un arrêt de la Grande Chambre. Or, l'intervention de la Grande Chambre est prévue lorsqu'une Chambre lui renvoie une affaire qui soulève des questions d'interprétation de la Convention ou qui annonce un conflit jurisprudentiel (art. 30 Conv. EDH). Dans des cas exceptionnels, suite à l'arrêt d'une Chambre, un collège formé par cinq juges peut admettre, à la demande de l'une des parties, que l'affaire soit examinée par la Grande Chambre (art. 43 Conv. EDH).

Dès lors, la Grande Chambre se prononce rarement, sur un nombre d'affaires restreintes. S'il est vrai qu'elle peut modifier la jurisprudence de la Cour et qu'elle a pour fonction de veiller à la cohérence et à la continuité de la jurisprudence de la Cour³⁷¹, ses arrêts ont la même force contraignante que ceux des autres formations de jugement.

Les opinions dissidentes - Quant au critère relatif à la présence d'opinions dissidentes³⁷² qui, selon la Cour constitutionnelle italienne, affaiblirait l'autorité et la portée de l'arrêt européen, encore une fois est révélée par-là l'incompréhension profonde de la signification des opinions séparées dans les systèmes de *common law*. Cela prouve d'ailleurs que l'idée des Lumières selon laquelle la loi écrite garantirait une interprétation certaine et que, par conséquent, toute interprétation différente serait erronée, a laissé des traces dans la culture juridique romano-germanique³⁷³. Or, dans le système conventionnel, le rapport entre la motivation de la majorité et les opinions séparées est

³⁶⁷ V. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 285-287.

³⁶⁸ V. en ce sens Pinto de Albuquerque dans l'opinion séparée à l'arrêt CEDH, *GIEM*, *cit.*, §51.

³⁶⁹ Dans l'ordre britannique, seules les décisions des cours suprêmes tiennent lieu de précédents obligatoires. V. A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 110-112.

³⁷⁰ Dans l'ordre italien, le principe de séparation des pouvoirs et plus particulièrement son corollaire, le principe d'indépendance fonctionnelle des juges (Art. 101, 2^e al., Const), interdisent d'établir une hiérarchie formelle entre l'Assemblée plénière de la cassation et les juges ordinaires. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation en formation plénière « aspire » à acquérir une autorité de la chose jugée stable et suivie par la généralité des juges, mais, elle n'a qu'une valeur de persuasion (A. Pizzorusso, « Delle fonti del diritto », in Scialoja Antonio, Branca Giuseppe (dir. par), *Commentario del Codice Civile*, Bologne-Rome, 1977, pp. 525 ss ; G. Fiandaca, « Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione », *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.). « Même l'Assemblée plénière peut être contrainte à réviser ses positions sous l'impulsion des sections de la Cour de cassation, comme cela s'est déjà produit à plusieurs reprises » (Cour const., arrêt n°230/2012, cons. 9, *cit*). Toutefois, il est indéniable que la force de persuasion des cours suprêmes conditionne la jurisprudence des cours inférieures. En outre, la reconnaissance du droit vivant prouve qu'une jurisprudence constante, tout particulièrement si elle est validée par la Cour de cassation, peut faire corps avec le texte de la loi. En France, le rôle créateur du juge est reconnu avec moins d'hésitation qu'en Italie. Bien que la règle du précédent soit exclue du système juridique (D. Tallon, « Précédent », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1186), existent des « jurisprudences super constantes » dont l'abandon « paraît inconcevable et leur autorité est similaire à celle des précédents en droit anglais » (P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2005, n°364).

³⁷¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 287.

³⁷² Art. 45 Conv. EDH.

³⁷³ En ce sens, V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *cit*.

« dynamique »³⁷⁴, puisque la jurisprudence de la Cour est conçue comme évolutive³⁷⁵. Très souvent, les opinions dissidentes sont fortement argumentées et illustrent l'intérêt d'une reconstruction différente des précédents de la Cour ou d'une différente application en l'espèce. Les revirements jurisprudentiels étant admis, les opinions individuelles peuvent fournir des arguments juridiques pour des décisions futures³⁷⁶.

En tout cas, la présence de telles opinions ne rend ni incertain ni provisoire le principe affirmé dans l'arrêt, tout au contraire, elle prouve que l'importance de la question juridique traitée a demandé une réflexion plus approfondie, en encourageant l'échange argumentatif entre les juges. En ce sens, l'arrêt *GIEM c. Italie* de 2018 est un exemple éclairant : l'arrêt fait 166 pages, constituées en grande partie par les opinions partiellement dissidentes de neuf juges. Toutefois, la Cour constitutionnelle n'a certainement pas remis en cause cet arrêt - si favorable au droit vivant italien, sur le fond - en raison de la présence d'opinions séparées !

La « jurisprudence consolidée » - En conclusion, c'est la notion même de « jurisprudence consolidée » qui est étrangère au système conventionnel. Si dans les systèmes romano-germaniques le précédent judiciaire s'apparente de fait à la jurisprudence constante³⁷⁷, en droit conventionnel tout arrêt contribue à la construction du droit jurisprudentiel. Ainsi, la référence de la Cour constitutionnelle à la notion conventionnelle de « jurisprudence bien établie », exprimée à l'article 28/1 lettre b) de la Convention, n'est pas pertinente³⁷⁸. Elle est utilisée tout spécialement en matière d'affaires répétitives (délai raisonnable des procès, par exemple) et constitue la condition pour entamer une procédure devant le Comité des trois juges, qui prononce un arrêt définitif en la matière³⁷⁹.

De même, à la différence de ce que la Cour constitutionnelle italienne affirme, les arrêts pilotes ne sauraient être apparentés à la « jurisprudence consolidée »³⁸⁰. Il s'agit en effet d'arrêts adoptés lorsque la Cour de Strasbourg constate des violations liées à des problèmes structurels de l'ordre juridique national, dans le but de prévenir des recours analogues à celui sur lequel elle vient de statuer. Dans l'arrêt pilote, la Cour européenne indique les mesures générales à adopter pour protéger les droits et les libertés des personnes qui se trouvent dans des situations similaires³⁸¹. Toutefois, les arrêts pilotes n'ont pas plus de force contraignante que les autres arrêts européens³⁸².

³⁷⁴ V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *cit.*

³⁷⁵ CEDH, *Tyrer c. RU*, *cit.*, § 31.

³⁷⁶ Sur les opinions séparées v. W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, *op. cit.*

³⁷⁷ A. Pizzorusso, « Delle fonti del diritto », in V. Scialoja et G. Branca (dir. par), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 525 ss ; G. Fiandaca, « Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione », *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.

³⁷⁸ En ce sens : V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *cit.* ; Paulo Pinto De Albuquerque, dans son opinion séparée relative à l'arrêt CEDH, *GIEM*, *cit.* §39.

³⁷⁹ V. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 285.

³⁸⁰ P. Pinto De Albuquerque, opinion séparée in *GIEM*, §40.

³⁸¹ Cour EDH, 22 juin 2004, *Broniowski c./ Pologne* ; 19 juin 2006, *Hutten Czapska c./ Pologne* ; 8 janvier 2013, *Torreggiani et al. c./ Italie*. Cette pratique a été encadrée par le nouvel art. 61 du règlement de la Cour, en vigueur depuis le 31 mars 2010.

³⁸² Les mesures générales ne sauraient contraindre juridiquement l'État à les exécuter. Selon l'art. 46 Conv. EDH, « les États s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties et ont donc incontestablement l'obligation de prendre les mesures individuelles propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce ». En revanche, cet article laisse formellement libre l'État condamné de prendre ou non des

La notion de « jurisprudence isolée » est tout aussi étrangère au droit de la Conv. EDH. Tous les arrêts sont obligatoires et puisqu'ils font corps avec la Convention, leur autorité dépasse l'espèce³⁸³. Aussi, comme les États membres doivent tout mettre en œuvre pour éviter la violation de la Convention, la décision d'un juge ordinaire de s'écarter de la jurisprudence conventionnelle, puisqu'elle serait « isolée », en réalité, fait courir à l'État italien un risque de condamnation.

2. Les risques d'une appréciation autocentrée des effets des arrêts européens

Dans l'arrêt *GIEM c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme réagit à l'audace de la Cour constitutionnelle par une affirmation synthétique et péremptoire: « Ses arrêts (de la Cour EDH) ont tous la même valeur juridique. Leur caractère contraignant et leur autorité interprétative ne sauraient par conséquent dépendre de la formation de jugement qui les a rendus »³⁸⁴.

Dans son opinion en partie concordante, en partie dissidente, le juge portugais Pinto De Albuquerque va plus loin : il considère que la distinction opérée par la Cour constitutionnelle italienne prive les arrêts de la Cour de leur « *binding nature* »³⁸⁵.

Or, la réaction de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne aussi de la difficulté à appréhender les raisons profondes qui ont conduit la Cour constitutionnelle à esquisser une distinction entre les arrêts de la Cour EDH.

Les raisons de la distinction opérée par la Cour italienne - Bien que maladroite, cette distinction n'entend pas nier la portée obligatoire de la jurisprudence de la Cour EDH *inter partes*³⁸⁶, mais elle essaie de déterminer (et limiter) la portée *erga omnes* des arrêts européens, afin de résoudre un problème constitutionnel important. Lorsque la Cour constitutionnelle exerce le contrôle de conventionnalité, elle compare la norme conventionnelle, comme interprétée par la Cour EDH, à la norme interne et, si elle constate une violation, elle déclare l'inconstitutionnalité de la norme interne en ce qu'elle porte atteinte à l'article 117 de la Constitution. *In fine*, le contrôle de conventionnalité conduit à l'annulation de la loi. Il s'agit d'un effet fortement perturbateur de l'ordre juridique ; un effet conçu comme *extrema ratio*, lorsque l'interprétation conforme n'est pas possible et que l'adoption d'autres typologies d'arrêts, moins invasives, n'est pas possible.

En d'autres termes, par l'arrêt n°49/2015, la Cour constitutionnelle veut éviter le risque d'annuler une loi, sur le fondement d'une interprétation jurisprudentielle européenne éphémère³⁸⁷. Elle raisonne autour de l'article 117 de la Constitution « qui permet de transformer une orientation

mesures générales qui débordent le cas d'espèce, pour réformer la règle interne contraire à la Convention. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, p. 168.

³⁸³ CEDH, *Irlande c. RU*, 18 janv. 1978, § 154; *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 86; *Karner c. Autriche*, 24 juill. 2003, § 26; *Rantsev c. Chypres et Russie*, 7 janv. 2010, § 197.

³⁸⁴ § 252.

³⁸⁵ §36 ss.

³⁸⁶ Le soulignent M. Bignami, « Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna », cit. ; G. Repetto, « La Grande Camera della Corte Edu si pronuncia sulla confisca a seguito di lottizzazione abusiva e si riduce il divario con la Corte costituzionale », *Diritticomparati.it*, <http://www.diritticomparati.it/la-grande-camera-della-corte-edu-si-pronuncia-sulla-confisca-seguito-di-lottizzazione-abusiva-e-si-riduce-il-divario-con-la-corte-costituzionale/>

³⁸⁷ V. en ce sens, G. Lattanzi, « Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018 », https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Giurisprudenza_costituzionale_dell_anno_2018.pdf.

jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg en une cause autonome d'inconstitutionnalité d'une loi nationale »³⁸⁸.

Les risques de l'incohérence de la jurisprudence conventionnelle - En revanche, la Cour EDH, dans l'arrêt *GIEM*, s'exprime exclusivement dans les termes généraux fixés par l'article 46 de la Convention et elle guidée par la préoccupation de contrer une orientation nationale qui pourrait mettre à mal l'autorité de sa jurisprudence. La Cour EDH feint ainsi d'ignorer un problème qui a déjà été soulevé dans le cadre d'autres affaires : les conséquences de l'incohérence, bien que occasionnelle, de sa jurisprudence³⁸⁹. Il peut arriver en effet que, pendant un certain temps, avant que les conflits interprétatifs ne soient tranchés par la Grande Chambre, coexistent des orientations jurisprudentielles différentes et difficilement compatibles. Le nombre important d'arrêts rendus par la Cour EDH dans ses différentes formations de jugement mine le développement d'une jurisprudence cohérente et ordonnée³⁹⁰. L'interprète national peine alors à déterminer la *ratio decidendi* de référence et, puisqu'il n'a pas les instruments pour recomposer le conflit normatif européen, se trouve dans l'obligation d'élaborer des stratégies pour garantir, à la fois, les droits fondamentaux et la sécurité juridique.

Cette situation configure l'éventualité que l'inconstitutionnalité d'une loi nationale soit déclarée en raison de la violation de la jurisprudence de la Cour EDH, alors que, par la suite, celle-ci opère un revirement jurisprudentiel qui fait disparaître le conflit avec le droit national.

C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans une affaire concernant le Royaume-Uni³⁹¹. Dans la décision *Horncastle* du 9 décembre 2009³⁹², la Cour suprême a explicitement refusé de tenir compte de la décision de Chambre *Al-Khawaja c. Royaume-Uni*³⁹³. La Cour EDH à nouveau saisie, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre qui a pris en compte la spécificité du droit britannique et a refusé de condamner le Royaume-Uni, en opérant un revirement de jurisprudence partiel³⁹⁴.

En conclusion, dans l'affaire *GIEM*, les deux cours raisonnent exclusivement en fonction de leurs rôles respectifs, sans prendre en compte les différentes responsabilités dont elles sont investies. Si, en principe, les jurisprudences européenne et constitutionnelle sont évolutives et toujours perfectibles, dans les faits, la Cour constitutionnelle a une responsabilité qui lui est propre, dérivant de la conception romano-germanique du contrôle de constitutionnalité : elle est un législateur négatif. Cette responsabilité se concilie mal avec une jurisprudence européenne instable. C'est alors cette incompréhension qui contribue à freiner la réception *erga omnes* des arrêts de la Cour EDH en droit interne.

³⁸⁸ A. Guazzarotti *Diritticomparati.it*, <http://www.diritticomparati.it/la-grande-camera-della-corte-edu-si-pronuncia-sulla-confisca-seguito-di-lottizzazione-abusiva-e-si-riduce-il-divario-con-la-corte-costituzionale/>

³⁸⁹ Dans son manuel, Frédéric Sudre note également l'exigence d'une « jurisprudence plus claire, plus stable, mieux motivée, en un mot plus cohérente ». F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 410.

³⁹⁰ V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *cit.*

³⁹¹ V. A. Duffy, « Les rapports entre le droit britannique et les droits européens. Le droit de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in A. Antoine (dir.) *Le droit public britannique : état des lieux et perspectives*, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, pp. 265-314.

³⁹² *R v Horncastle* [2009] UKSC 14.

³⁹³ CourEDH, 20 janvier 2009, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Req. n° 26766/05 et 22228/06.

³⁹⁴ CourEDH, 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, Req. n° 26766/05 et 22228/06.

Chapitre 2 – L’opposition au processus de diffusion du contrôle de constitutionnalité

Le rapprochement des objets du contrôle de la Cour constitutionnelle et des cours européennes n’a pas seulement une influence sur la naissance d’un système de protection européen des droits fondamentaux pluriel, formé par une pluralité de textes, mais aussi sur le développement d’une pluralité d’instruments de garantie de ce système. Dans ce cadre, la Cour constitutionnelle n’est plus le seul juge des droits, mais l’un des juges qui protège les droits soit en tant que garant de la Constitution, soit en tant que juge européen de droit commun du droit de l’UE et du droit de la Convention. Les récentes évolutions jurisprudentielle montrent d’ailleurs que le juge constitutionnel perd du terrain par rapport aux autres juges, son recours étant moins attractif en raison du caractère moins immédiat de la protection qu’il offre. Lorsqu’il s’agit de protéger un droit reconnu à la fois par la Constitution et par le droit de l’UE, les juges ordinaires préfèrent donner application directe à la Charte des droits fondamentaux de l’UE au lieu de saisir la Cour constitutionnelle d’une question préjudicielle. De même, le monopole du contrôle de conventionnalité détenu par le juge constitutionnel est de plus en plus mis sous pression par des juges ordinaires impatients d’accorder l’effet direct à la Convention EDH³⁹⁵.

Les observations du juge Barbera sur les risques de la « diffusion » du contrôle - Le juge constitutionnel et professeur Augusto Barbera tire les conséquences de ce constat en octobre 2017, lors d’une rencontre entre les Cours constitutionnelles de différents pays européens. Le discours du juge Barbera constitue une réaction directe à l’affaire *Taricco* et se concentre essentiellement sur les relations entre le droit constitutionnel et le droit de l’Union. Toutefois, sa réflexion a indubitablement une portée plus générale, sur les bouleversements provoqués en droit interne par le processus de « diffusion » du contrôle de constitutionnalité.

Dans son intervention³⁹⁶, Augusto Barbera note tout d’abord que le recours systématique à la non application des normes internes au profit de la Charte UE marginalise la protection des droits par la Constitution et son gardien³⁹⁷. Cela pourrait avoir pour effet de faire basculer la justice constitutionnelle italienne d’un système concentré à un système diffus, en violation de l’art. 134 de la Constitution, qui établit le rôle et la fonction de la Cour constitutionnelle. De même, l’acquisition de compétences accrues par les juges ordinaires risque de porter atteinte à l’art. 101, 2^e al., lequel les soumet au respect de la loi, en leur refusant un rôle de législateurs négatifs, dans le respect la tradition civiliste³⁹⁸.

Ce phénomène grandissant emporte ce faisant une crise de la sécurité juridique, au niveau national comme européen³⁹⁹. En effet, les déclarations d’inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle produisent des effets *erga omnes* et *ex tunc*, en assurant que la norme interne contraire aux valeurs constitutionnelles nationales, et éventuellement européennes, soit évincée de l’ordre juridique. En revanche, la décision des juges ordinaires d’écarter la norme interne au profit de celle européenne ne produit que des effets *inter partes*.

³⁹⁵ V. *supra*.

³⁹⁶ 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

³⁹⁷ *Id.*, p. 7.

³⁹⁸ *Id.*, p. 8.

³⁹⁹ *Id.*, p. 8-9.

En outre, le juge Barbera met en doute la compétence et la capacité des juges ordinaires à fournir des interprétations complexes, relatives à des clauses générales et à des principes nationaux et européens. En effet, si le conflit entre des « règles » interne et européenne peut être résolu directement par le juge du cas concret, à l'inverse, les conflits entre des « principes » nationaux et européens exigent souvent « la mise en balance d'une pluralité de principes, nationaux et européens, ordinaires et constitutionnels »⁴⁰⁰. Cette opération va au-delà du simple raisonnement syllogistique qui conduit à écarter la norme interne au profit de celle européenne. La juge et professeur Marta Cartabia – qui s'exprime elle aussi à titre doctrinal en 2017 – rejoint la réflexion de Barbera lorsqu'elle note que ce sont bien les cours constitutionnelles « qui se trouvent à l'intersection des trois systèmes de protection des droits et sont appelées à être en même temps garants de la Constitution nationale, responsables de l'application du droit de l'Union et gardiennes du respect de la Conv. EDH »⁴⁰¹. Elles sont donc les juridictions les plus aptes à prendre en compte les exigences de ces différents textes et, à travers une opération de pondération, à raisonner *in abstracto* dans le sens de la protection la plus étendue des droits fondamentaux⁴⁰².

L'expérience de l'affaire *Taricco* constitue un enseignement important en ce sens⁴⁰³. Face au choix binaire avancé par les juges ordinaires d'appliquer ou de ne pas appliquer la « règle *Taricco* », la Cour constitutionnelle a montré que, lorsqu'il s'agit de principes, l'examen de l'affaire ne peut pas être fragmentaire : le juge doit tenir compte d'un contexte plus général, systémique, en prenant en compte en même temps les finalités, les spécificités et les exigences des ordres juridiques national et européen.

Au terme de sa réflexion, le juge Barbera tient à préciser que ses préoccupations ne sont pas d'ordre « corporatif », concentrées autour des seuls intérêts de l'institution-Cour constitutionnelle. Au contraire, les problèmes que les transformations en cours posent intéressent le système juridique européen dans son ensemble. D'une part, la protection de la sécurité juridique assurée par les arrêts de la Cour constitutionnelle concerne non seulement l'ordre national mais aussi européen : en cas de conflit normatif, le plein respect du droit de l'Union est mieux garanti par des arrêts produisant des effets *erga omnes*. D'autre part, l'implication de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits fondamentaux produit une évolution nécessaire de l'institution en tant que véritable « juridiction européenne, aux côtés et non plus antagoniste de la Cour de justice de l'Union »⁴⁰⁴.

Or, au vu de l'ensemble de ces exigences, comment replacer le juge constitutionnel au centre d'un espace constitutionnel qui n'est plus seulement national mais aussi européen ?⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 8.

⁴⁰¹ M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 12.

⁴⁰² *Id.*, p. 14.

⁴⁰³ En ce sens, A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 23, M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 5.

⁴⁰⁴ A. Barbera, « La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia », *cit.*, p. 15.

⁴⁰⁵ D'un « espace constitutionnel européen » parle M. Cartabia in « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 12.

Partie II

L'ESQUISSE D'UN MODÈLE D'ARTICULATION DES SYSTÈMES PAR LA DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE ITALIENNE

La construction des rapports entre les systèmes national et européennes a été principalement l'œuvre de la Cour constitutionnelle, qui a pallié une réglementation constitutionnelle lacunaire et l'absence d'une intervention législative.

Puisqu'il ne s'agissait pas d'une réglementation de détail, mais au contraire d'une réglementation de grande ampleur impliquant les relations internationales, la Cour constitutionnelle a eu besoin de se référer à des cadres théoriques lui permettant de déterminer le positionnement de l'ordre italien vis-à-vis des ordres supranationaux.

Or, traditionnellement, en Italie, les rapports entre le droit international et le droit national étaient reconduits à l'alternative entre le courant théorique du monisme et celui du dualisme⁴⁰⁶. Le premier, dans son acception la plus répandue, prône la primauté formelle du droit international sur le droit interne⁴⁰⁷. Le second affirme, au contraire, le caractère indépendant des deux systèmes juridiques. En ce sens, seulement l'ordre étatique peut décider de l'exécution du droit international en droit interne.

La Constitution italienne choisit la seconde option théorique, ce qui, de toute évidence, conditionne et limite les constructions des juges en la matière. Toutefois, depuis son élaboration au tournant du XX^e, le courant théorique du dualisme n'est pas homogène, ce qui laisse de fait une marge de manœuvre assez large à l'interprète.

En effet, les élaborations doctrinales d'Anzilotti, Perassi et Santi Romano construisent des concepts certes proches, mais qui présentent quelques différences importantes. De façon très synthétique, Dionisio Anzilotti (1867-1950), inspiré de la pensée de Triepel, élabore sa doctrine en opposition nette vis-à-vis de l'approche jus-naturaliste et idéaliste de Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), qui avait, jusque-là, dominé la doctrine italienne. La doctrine de Mancini tendait notamment à désamorcer la distinction entre le droit international et le droit interne. Lié à la construction de l'État italien, le dualisme d'Anzilotti décrivait le droit international comme un système de rapports coordonnés entre les États, réglementés essentiellement sur la base d'accords volontaires. Selon cette approche, la « volonté collective » confère un caractère obligatoire à ces accords au niveau international. Elle se distingue de la « volonté positive », par laquelle l'État adopte les normes de l'ordre interne, même si en exécution du droit international⁴⁰⁸. Le dualisme d'Anzilotti n'était pas radical. Tout en considérant que la volonté positive, distincte et indépendante des deux ordres juridiques, impliquait leur indifférence réciproque, il intégrait tout de même un

⁴⁰⁶ Sur la distinction entre « monisme » et « dualisme » v. D. Alland, « Monisme et dualisme : retour sur quelques origines d'un débat », in B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 45 ss.

⁴⁰⁷ « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Académie de droit international, recueil des cours*, vol. 11, 1927, p. 319 ; H. Kelsen, « Théorie générale du droit international public : problèmes choisis », *Académie de droit international de La Haye, recueil des cours*, Paris, Librairie du recueil Sirey, vol. 42, 1932 ; H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers (Recueil des cours), 1952 ; J. von Bernstorff, « Hans Kelsen and International Law, The Relationship between International Law and Domestic Law », in B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, cit., p. 65 ; C. M. Herrera, « La théorie du droit international de Hans Kelsen et ses évolutions », in N. Grangé, F. Ramel, *Le droit international selon Kelsen*, ENS Éditions, 2018.

⁴⁰⁸ D. Anzilotti, « Gli organi comuni nelle società di Stati », in *Opere, Scritti di diritto internazionale pubblico*, II, 1, Roma, 1956, 610.

élément de continuité lorsqu'il remarquait l'existence dans l'ordre interne d'un principe « constitutionnel » qui impose aux organes de l'État de respecter le droit international.

Le dualisme d'Anzilotti a été en revanche radicalisé par Tomaso Perassi (1886-1960), qui s'inspire de la doctrine « pure » de Hans Kelsen, sans toutefois partager la conception moniste du juriste autrichien. En adoptant le schéma kélsénien de la pyramide des normes, Perassi pose une norme différente comme fondement de chaque ordre juridique, national et international. Par ce biais, Perassi préserve l'indépendance de l'ordre étatique et il en accentue la capacité d'« autogenèse », dans les cas où le droit interne fait référence au droit international⁴⁰⁹.

Santi Romano (1875-1947) apporte une troisième nuance au courant dualiste, à partir de sa théorie de la pluralité des ordres juridiques⁴¹⁰. Pour lui, l'autonomie des systèmes juridiques est d'ordre « institutionnel » et non formel. En ce sens, les deux systèmes « se présupposent mutuellement »⁴¹¹. Le droit international présuppose une organisation juridique à la base de l'État et de son ordonnancement. Le droit interne « contient une norme fondamentale qui, tout du moins en principe, impose (...) le respect du droit international »⁴¹². Pour Romano, la coordination entre les deux systèmes a donc lieu à travers la technique du « renvoi mobile », ce qui implique que la norme internationale s'applique dans l'ordre interne, sans avoir besoin d'être formellement encadrée par une source sur la production juridique⁴¹³.

Dès son institution en 1958, la Cour constitutionnelle se trouve confrontée à deux nouveaux ordres supranationaux, celui de la Communauté économique européenne et celui du Conseil de l'Europe. Si dans un premier temps, elle applique le dualisme pérassien aux deux ordres juridiques, très vite elle est obligée d'adopter un nouvel encadrement théorique pour régler les rapports avec l'ordre communautaire. C'est alors la théorie, plus souple, d'Anzilotti qui prévaut. Toutefois, progressivement, dans le domaine particulier de la protection des droits fondamentaux, la doctrine dualiste paraît de plus en plus inadaptée pour orienter les juges dans un contexte normatif caractérisé désormais par une très forte intégration entre les systèmes. Les bouleversements induits par la protection européenne des droits fondamentaux – dont nous avons parlé dans la première partie – ont mis en évidence, en effet, que la défense identitaire et formelle des ordres internes par la théorie dualiste, face à ces phénomènes, avait vécu, et que de nouvelles formes d'adaptation par rapport au droit supranational devaient être pensées.

L'accès de la doctrine constitutionnelle à la Cour conduit à l'élaboration et à l'application jurisprudentielle de nouvelles théories sur les rapports entre les systèmes, influencées en général par les théories du néo-constitutionnalisme⁴¹⁴. Ces approches, qui se développent tout

⁴⁰⁹ T. Perassi, « Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale », *Riv. dir. int.*, 1917, p. 195 ss.

⁴¹⁰ S. Romano, *L'ordre juridique* (1918), trad. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 2002.

⁴¹¹ S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, IV^e ed., Padova, 1939, p. 47.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Cette intuition, qui s'est révélée être très prolifique par la suite, n'est pas développée par Romano. Conditionné par la base sociale différente des deux ordres juridiques, le professeur reprend le schéma dualiste d'Anzilotti et il exclut la capacité de la norme internationale de s'implanter toute seule dans l'ordre interne sans besoin d'une « transformation » de son contenu originaire. S. Romano, *Corso di diritto internazionale, op. cit.*, p. 48 ss. ; v. aussi A. Morrone, « L'État constitutionnel et sa crise. Santi Romano et la méthode de la science du droit constitutionnel », in B. Bonnet (dir. par), *Traité des rapports entre ordres juridiques, cit.*, p. 93 ss.

⁴¹⁴ Le mot néo-constitutionnalisme trouve son origine in S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001. Le néo-constitutionnalisme a fait l'objet de nombreuses analyses qui font toutes ressortir l'importance des « principes », v. parmi d'autres : P. Comanducci, « Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica », in T. Mazzaresse (dir. par) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli,

particulièrement après la fin de la seconde guerre mondiale, conçoivent la suprématie de la Constitution en fonction non - ou non exclusivement - de sa forme, mais plutôt de son contenu axiologique. En ce sens, la légitimité de l'œuvre des juges est fondée sur une protection substantielle des droits, ce qui leur accorde des marges d'interprétation des textes très étendues. Dans ce cadre théorique, les rapports entre les systèmes se construisent sur la base de la substance axiologique des dispositions, constitutionnelles et supranationales, impliquant une indifférence plus ou moins accentuée pour leur forme. La conception des rapports entre les systèmes est alors moins axée sur la distinction des ordres juridiques et plus concentrée en revanche sur la valorisation des formes de leur intégration, voire sur une idée de compénétration totale des sources juridiques entre elles. Il existerait en ce sens un « systèmes des systèmes » de protection des droits au sein duquel les sources seraient homogènes, non hiérarchisées et seraient appliquées par différentes cours en Europe à la lumière du « méta-principe » de la protection la plus intense des droits fondamentaux.

Bien évidemment, un tel renversement de perspective ne s'est pas opéré en un jour. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle a été prudente et très progressive : des acceptions différentes du dualisme ont été intégrées au fur et à mesure en suivant, par ailleurs, des directions quelque peu différentes en ce qui concerne l'ordre de l'Union et l'ordre de la Convention EDH (Titre I). À l'heure actuelle, des éléments propres de la théorie dualiste persistent, mais côtoient désormais une approche nouvelle, celle du pluralisme constitutionnel (Titre II).

Titre I – Penser en fonction de l'ordre juridique d'appartenance : la doctrine dualiste

La conception dualiste de la Cour constitutionnelle a évolué avec le temps et elle a été très fortement conditionnée par le développement de la protection des droits fondamentaux dans les ordres européens supranationaux.

Dans un premier temps, l'absence de reconnaissance des droits au sein de l'ordre communautaire ainsi que l'attachement à une vision classique des rapports avec le droit international ont conduit le juge à rester fidèle à une conception de séparation stricte et formelle entre les systèmes (Ch. 1). L'inclusion de la protection des droits dans le droit de l'Union ainsi que le recours de plus en plus fréquent des parties processuelles et des juges ordinaires à la Conv. EDH ont convaincu le juge constitutionnel quant à l'exigence d'intégrer des critères substantiels dans un cadre théorique qui demeurerait formel (Ch. 2). L'hybridation de la théorie dualiste a poussé enfin à son dépassement au profit d'une autre théorie, celle du pluralisme constitutionnel (Ch. 3).

Torino, 2002 ; L. Ferrajoli, « Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista », *Giurisprudenza costituzionale*, n°3, 2010, p. 2771–2816 ; R. Guastini, « Sur le néoconstitutionnalisme » in J.-Y. Chérot et al. (dir. par), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, Bruxelles, 2013, (Trad. franç. J. Mercier.) ; M. Barberis, « Le néo-constitutionnalisme existe-t-il ? », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n°25/2015, (trad. par P. Brunet et J. Mercier).

Chapitre 1. Le dualisme à l'épreuve des nouveaux ordres européens

La Constitution italienne est très lacunaire quant à la réglementation des rapports entre les systèmes et accueille en outre des acceptions différentes de la théorie dualiste, ce qui ne contribue pas à simplifier la tâche de l'interprète⁴¹⁵.

Au sein de l'Assemblée constituante, deux options avaient fini par prévaloir de façon contextuelle, celle de Perassi et celle de Santi Romano.

Notamment, s'impose, d'une part, la suggestion de Tomaso Perassi⁴¹⁶ - député à la Constituante - de limiter l'intégration automatique du droit international en droit interne, au seul droit international coutumier (art. 10 C). Les traités internationaux ayant une nature politique⁴¹⁷ sont en revanche intégrés en droit interne *via* une loi qui autorise leur ratification (art. 80 C). Par conséquent, leurs dispositions ont la même force juridique que la loi, ce qui signifie qu'elles sont soumises à la règle *lex posterior derogat priori*.

D'autre part, la rédaction de l'article 11 est plutôt influencée par le dualisme institutionnaliste de Santi Romano. Cette disposition prévoit que l'ordre juridique italien accepte de limiter sa souveraineté pour assurer plein effet à un ordre géré par une organisation internationale qui garantit la paix et la justice entre les nations⁴¹⁸. L'article 11 établit ainsi une orientation constitutionnelle en matière de politique étrangère. La structure des rapports demeure dualiste, puisque la garantie pour le droit international est exprimée de façon autonome par la Constitution. Toutefois, allant à l'encontre de la conception normativiste et dogmatique de Perassi, l'article 11 conditionne les limitations de souveraineté de l'État italien aux finalités – de paix et justice – poursuivies par l'organisation internationale.

Ainsi, en prenant appui sur un fondement normatif théoriquement hétérogène, dans une première phase, la Cour constitutionnelle a combattu la pleine intégration des ordres juridiques supranationaux en droit interne, en revendiquant la primauté de la Constitution nationale en tant que source suprême d'un système de garantie des droits et des libertés considéré comme autoréférentiel et auto-suffisant. La garantie de la suprématie constitutionnelle passait par l'interdiction de toute application directe des dispositions supranationales par les juges ordinaires et par l'attribution au seul juge constitutionnel de l'exercice du contrôle de conventionnalité.

La création jurisprudentielle d'un catalogue des droits non-écrits en droit communautaire, d'une part, et l'importance croissante du rôle joué par la Cour EDH dans la protection des droits, d'autre part, ont conduit le juge constitutionnel à faire évoluer les formes de l'intégration, à l'aune

⁴¹⁵ V. F. Jacquolot et L. Montanari, « Les rapports de systèmes en Italie », in B. Bonnet (dir. par), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1653.

⁴¹⁶ T. Perassi, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1952, maintenant in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, p. 430 ss.

⁴¹⁷ Les traités qui « prévoient des arbitrages ou des règlements judiciaires » sont soumis à la même règle (art. 80 Const. it.).

⁴¹⁸ La formulation est clairement inspirée du 14^{ème} considérant de la Constitution française de 1946 : « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

d'une approche dualiste assouplie en ce qui concerne le droit communautaire (A) et, en revanche, plus stricte en ce qui concerne l'ordre conventionnel (B).

A. La théorie dualiste appliquée au droit communautaire

Au cours des années 1960 et 1970, la protection des droits fondamentaux en Europe a été au centre de conflits normatifs et juridictionnels qui ont stimulé la définition de la structure constitutionnelle communautaire. C'est en effet à partir de ces conflits que le juge européen a élaboré et précisé le rôle de la Communauté - en règle général et en ce qui concerne plus spécifiquement les droits fondamentaux - et qui, en réponse, les cours constitutionnelles ont adapté la réglementation nationale des rapports entre les systèmes.

L'absence de protection communautaire - Les premiers conflits ont été générés en raison de l'absence de la reconnaissance et de la garantie des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire.

En effet, les pères fondateurs des communautés européennes n'ont pas souhaité intégrer dans les traités constitutifs un catalogue des droits. Cela s'explique par 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 manifeste⁴¹⁹. En ce sens, l'établissement d'un *Bill of rights* aurait signifié, d'un point de vue symbolique, favoriser le projet d'une intégration politique européenne.

En outre, l'introduction d'un tel catalogue faisait craindre l'augmentation subreptice des compétences communautaires. En effet, dans tous les ordres juridiques fédéraux *lato sensu*⁴²⁰, comme les États-Unis, le Canada, ou encore la Suisse - pour ne donner que quelques exemples - les textes originaires des Constitutions ne contenaient pas de catalogues de droits, par crainte que cela induise une extension des pouvoirs de la Fédération. Les risques redoutés étaient que, d'une part, les droits fondamentaux, en tant qu'ils imposent des « limitations au pouvoir », pourraient justifier toutes les activités de la Fédération qui ne portent pas atteinte aux droits et aux libertés, et ce même au-delà de sa compétence matérielle. D'autre part, en tant que « principes d'action », les droits fondamentaux pourraient inciter les pouvoirs publics à adopter de nouvelles mesures afin de garantir leur effectivité, en générant ainsi de nouvelles compétences fédérales⁴²¹.

En raison de ces multiples craintes, les fondateurs des communautés européennes avaient finalement opté pour une approche fonctionnaliste et pour la construction d'une communauté économique⁴²².

Ce choix, accompagné par l'absence de toute reconnaissance en droit positif du principe de primauté du droit communautaire, semblait impliquer que la protection des droits fondamentaux devait être garantie par les constitutions et les procédures juridictionnelles nationales, et ce même

⁴¹⁹ Le vote négatif de l'Assemblée nationale française à la création d'une Communauté européenne de défense en 1954 marque 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.

⁴²⁰ Par « ordres fédéraux » nous faisons référence aux systèmes dont le gouvernement est structuré sur plusieurs niveaux.

⁴²¹ M. Cartabia, « Articolo 51 », in M. Cartabia, A. Celotto, R. Bifulco (dir. par), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 350.

⁴²² C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 6 ; M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 2018, p. 2-5.

vis-à-vis des institutions communautaires et de leurs actes⁴²³. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) avait en effet rejeté sa compétence pour vérifier la légalité des actes communautaires au regard du droit national⁴²⁴.

Toutefois, lorsque dans l'arrêt *Costa c. ENEL* le juge européen explicite le principe de primauté⁴²⁵, la perspective en matière de protection des droits fondamentaux change radicalement. L'exigence que le droit communautaire prime sur toutes les normes des États membres, y compris les normes constitutionnelles, met les Cours constitutionnelles face à un dilemme : si des actes communautaires méconnaissent les droits constitutionnels, comment continuer d'assurer leur protection ?

Deux cours constitutionnelles en particulier, l'italienne et l'allemande, manifestent leurs inquiétudes à la Cour de justice, en se montrant réticentes à donner effet aux actes communautaires contraires à la Constitution dans l'ordre interne. La réactivité de ces deux cours s'explique en raison de leurs origines respectives : issus de processus de transition constitutionnelle complexes, elles jouent, à l'époque, un rôle déterminant dans la constitutionnalisation des ordres juridiques en procédant, respectivement, à la défascistisation⁴²⁶ et à la dénazification⁴²⁷ du droit et à la reconstruction d'un lien social fondé sur les nouvelles valeurs républicaines et pluralistes. Toute atteinte potentielle à des droits fondamentaux, qui commencent tout juste, et non sans peine, à s'affirmer, est donc considérée comme une menace à conjurer.

La reconnaissance de principes généraux communautaires - À partir de 1969, la Cour de justice, consciente des risques que l'absence de la protection des droits peut générer pour la légitimité de la construction communautaire⁴²⁸, répond alors aux sollicitations des juges constitutionnels par la construction prétorienne d'un catalogue de droits fondamentaux autonome, mais élaboré à partir des traditions constitutionnelles communes des États membres et de la Conv. EDH⁴²⁹.

Toutefois, pendant une dizaine d'années, la reconnaissance de principes généraux de l'ordre communautaire ne réussit à surmonter ni la méfiance de la Cour constitutionnelle italienne⁴³⁰, ni celle de la Cour allemande⁴³¹.

Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 la Cour de justice tente notamment de concilier l'exigence de réaffirmer l'unité de l'ordre communautaire et son autonomie, son indépendance et sa supériorité par rapport aux ordres des États membres, avec la nécessité de rassurer les cours nationales sur l'effectivité et l'efficacité de la protection des droits

⁴²³ En ce sens, M. Cartabia, « Articolo 51 », in M. Cartabia, A. Celotto, R. Bifulco (dir. par), *L'Europa dei diritti, op. cit.*, p. 345.

⁴²⁴ CJCE, 4 févr. 1959, *Storck*, 1/58, Rec. 43, concl. M. Lagrange.

⁴²⁵ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ENEL*, 6/64. Auparavant, il était tout juste déductible de la doctrine de l'effet direct contenue dans l'arrêt *Van Gend en Loos* (5 février 1963, 26/62).

⁴²⁶ T. Groppi, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana, op. cit.*, p. XXVII-XXVIII.

⁴²⁷ M. Stolleis (dir.), *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berlin, BWV, 2006 ; A. Blankenagel, « Verfassungsgerichtliche Vergangenheitsbewältigung », ZNR, 1990, p. 80 et s.

⁴²⁸ J. Andriantsimbazovina, comm. de CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* et CJUE, GC, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni*, in H. Gaudin, M. Blanquet, J. Andriantsimbazovina, F. Fines (dir. par), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, p. 204.

⁴²⁹ CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, 29/69, Rec. 419, concl. K. Roemer ; 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70.

⁴³⁰ Cour const. it., arrêt n°183/1973, *Frontini*, 27 déc. 1973.

⁴³¹ Déc. *So Lange 1* de la 2^e chambre du 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271, RTDE, 1975, p. 316.

fondamentaux dans l'ordre communautaire. En ce sens, elle affirme solennellement que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »⁴³², tout en refusant de soumettre la validité des actes communautaires au respect des Constitutions nationales – en l'espèce, la Constitution allemande –⁴³³. En effet, « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »⁴³⁴.

La Cour constitutionnelle italienne – et un an après celle allemande⁴³⁵ – réagit, en opposant à cette posture prétendument moniste, une approche dualiste tempérée.

L'arrêt Frontini – En effet, la *Consulta* prend en compte et valorise les efforts communautaires en matière de protection des droits et, dans la décision *Frontini* de 1973⁴³⁶, elle dépasse la posture intransigeante qui l'avait conduite, dix ans auparavant, à conférer au droit communautaire la même valeur que la loi nationale, en lui appliquant le principe *lex posterior abrogat priori*⁴³⁷.

Or, dans l'arrêt *Frontini* le juge constitutionnel reconnaît que « les exigences fondamentales d'égalité et de sécurité juridique postulent que les normes communautaires – qui ne peuvent être qualifiées ni en tant que sources de droit international, ni de droit étranger, ni de droit interne aux États – doivent avoir pleine valeur contraignante et doivent recevoir une application directe dans tous les États membres, sans besoin de lois nationales de réception ou d'adéquation ». La nature originale des communautés européennes et de leur droit est donc enfin admise, ainsi que l'effet direct des normes communautaires. Le fondement constitutionnel d'une telle reconnaissance est l'article 11 de la Constitution⁴³⁸, en ce qu'il légitime les lois internes qui ont donné exécution aux Traités instituant les Communautés européennes d'une part, et, d'autre part, les limitations à la souveraineté nationale contenues dans ces Traités eux-mêmes⁴³⁹.

⁴³² CJCE, *cit.*, pt. 4.

⁴³³ Le principe est réaffirmé in CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Iberica e altri c. Commissione*, aff. 97/87, 98/87, 99/87 ; Trib. de première instance, ord. du 2 avril 2004, T-231/02, *Gonnelli et AIFO c. Commission*. Dans cette dernière affaire, en particulier, le Tribunal exclut que la Cour constitutionnelle italienne puisse ne pas donner application à des actes communautaires incompatibles avec les droits fondamentaux contenus dans la Constitution italienne – et notamment le droit à une protection juridictionnelle effective – en ce que le droit communautaire prévaut sur le droit national.

⁴³⁴ CJCE, *cit.*, pt. 3.

⁴³⁵ Déc. *So Lange 1*, *cit.* Dans ce cas, un juge ordinaire allemand avait d'abord posé une question préjudicielle à la CJCE, laquelle avait répondu par l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, *cit.*, que le droit communautaire prime sur le droit constitutionnel national. Par la suite, la Cour constitutionnelle allemande avait été saisie de la question et, par la décision *So Lange 1*, elle affirme, en répondant indirectement à la CJCE, que la Communauté n'assure pas une protection des droits fondamentaux équivalente à celle accordée par la Constitution allemande et donc, tant que les choses sont ainsi, la Cour constitutionnelle s'accorde le droit de vérifier le respect des droits fondamentaux par les actes communautaires.

⁴³⁶ Cour const. it., arrêt *Frontini*, *cit.*

⁴³⁷ En l'espèce, cela impliquait que la loi sur la nationalisation du secteur électrique (ENEL) de 1963 prévalait sur le Traité de Rome, ratifié par l'Italie en 1958. La Cour constitutionnelle considérait en effet que l'article 11 de la Constitution légitimait l'intégration du droit communautaire en droit national, sans toutefois altérer la hiérarchie interne des sources du droit. Cour const., arrêt du 7 mars 1964, n°14. V. la reconstruction de T. Groppi in *Le grandi decisioni della Corte costituzionale*, Ed. Scientifica, 2010, p. 50 ss. Cette décision avait justement conduit la Cour de justice à affirmer solennellement le principe de primauté du droit communautaire afin de défendre le sens même du projet d'intégration communautaire (arrêt *Costa c./ENEL*, *cit.*).

⁴³⁸ Cour const. it., arrêt n°14/1964 et 98/1965.

⁴³⁹ Dans l'arrêt n°183 du 27 décembre 1973, la Cour affirme que, dans l'art. 11 C., « le constituant se référait (...) à l'adhésion de l'Italie à l'Organisation des Nations Unies, mais il s'inspirait de principes programmatiques de valeur générale, dont la Communauté économique et les autres Organisations régionales européennes constituent une

Toutefois, l'érosion de l'approche dualiste s'arrête là. Pour le reste, le juge constitutionnel demeure fidèle à cette approche qui, traditionnellement, inspire en Italie l'organisation des rapports avec le droit international. Le droit communautaire et le droit national se configurent alors comme des systèmes juridiques « autonomes et distincts », bien que « coordonnés » selon la répartition des compétences établie et garantie par les Traités. En outre, la limitation de souveraineté ne saurait être absolue et inconditionnée : elle est à son tour « contre-limitée » par « les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine ».

La doctrine des contre-limites - Esquissée une première fois en 1965⁴⁴⁰, la « théorie des contre-limites »⁴⁴¹ permet aux juges de contre-limiter les limitations de souveraineté auxquelles l'État a consenti. Elle représente un instrument ultime pour contrer l'application du droit européen ou international lorsque ceux-ci menacent la structure fondamentale de l'ordre juridique national. Élaborée également par d'autres cours constitutionnelles, cette théorie connaît toutefois des déclinaisons différentes⁴⁴². Ainsi, la Cour allemande a motivé le droit de s'opposer au droit communautaire sur la base de la préservation de « l'identité de la Constitution »⁴⁴³. En Italie, en revanche, l'enjeu de l'autoconservation identitaire n'a pas été mis en exergue. La Cour constitutionnelle italienne a conçu cet instrument pour empêcher les atteintes aux principes fondamentaux de la Constitution et aux droits inviolables⁴⁴⁴ qui, en tant que normes supra-constitutionnelles, « ne peuvent être ni subverties ni modifiées dans leur contenu essentiel »⁴⁴⁵. L'identité constitutionnelle se confond donc avec l'exigence de la protection des droits fondamentaux.

L'arrêt Industrie chimiche - Deux ans après l'arrêt *Frontini*, la Cour constitutionnelle tire les conséquences de cette organisation des rapports entre les systèmes, en s'imposant en tant qu'unique

réalisation concrète », en ce qu'elles sont des organisations promotrices « de paix et de justice entre les Nations ». Il s'agit donc d'une interprétation extensive de l'article 11. A. Cassese, « Art. 11 », in G. Branca (dir. par), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 568 ss

⁴⁴⁰ À cette époque, en s'opposant à l'application d'une primauté absolue et inconditionnée du droit communautaire, le juge constitutionnel italien affirme que les effets internes de l'activité de la Communauté ne doivent pas porter atteinte au droit des individus à la protection juridictionnelle, en ce que ce droit fait partie des « droits inviolables de l'homme garantis par la Constitution » (arrêt 27 décembre 1965 n°98, *Acciaierie San Michele c. CECA*). En ce sens, la limitation de la souveraineté en faveur des Communautés européennes, légitimée par l'article 11 de la Constitution italienne, trouve une limite ultime dans l'exigence de protéger un droit considéré comme inviolable.

⁴⁴¹ Le terme « *controlimite* » a été élaboré par la doctrine italienne, et notamment par Paolo Barile in « Il cammino comunitario della Corte », *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2417.

⁴⁴² V. : M. Cartabia, « "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali », *Il Diritto dell'Unione Europea*, n°3/2005, p. 598 ss.

⁴⁴³ *BVerfG*, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*), *cit.*. En France, le Conseil constitutionnel s'est référé à « l'identité constitutionnelle de la France » in Cons. Constit., 27 juill. 2007, n°2006-540 DC, P. Cassia et E. Saulnier, *Dr. adm.*, 2006, n°10, p. 31-33 ; F. Chaltiel, *RMCUE* 2007, n°504, p. 61-65 et *Id.*, *RFDC* 2006, n°68, p. 837-847 ; B. Mathieu, *LPA* 22 août 2006, n°167, p. 3-4 ; J.-E. Schoettl, *LPA*, 14 août 2006, n°161, p. 4-22 ; D. Simon, *Europe*, 2006, n°10, p. 2-3. Par ce biais, le Conseil a précisé l'étendue de l'immunité constitutionnelle des directives : « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Sur le concept d'« identité constitutionnelle » des États membres v. : M. Blanquet, « Mémeté et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Mél. en l'honneur du Pr. Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 53 ss. ; Id., « La protection de l'identité constitutionnelle de la France », in H. Gaudin (dir.), *La constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, p. 73 ss ; F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013.

⁴⁴⁴ Cour const. it., arrêt n°183/73.

⁴⁴⁵ Cour const. it., arrêt n°1146/1988.

juridiction compétente pour statuer sur les conflits entre une norme communautaire et une norme nationale. L'auto-attribution du contrôle de conventionnalité est fondée sur un argument juridique qui, *lato sensu*, sera utilisé par la suite pour justifier la compétence exclusive de la Cour pour résoudre les antinomies entre le droit interne et le droit de la Convention EDH.

Puisque l'article 11 de la Constitution fonde la limitation de souveraineté en faveur des Communautés, la Cour constitutionnelle considère, en toute logique, que les normes internes contraires au droit communautaire, si adoptées après les dispositions supranationales, sont inconstitutionnelles, puisque contraires à l'article 11. Ainsi, dans la même année où le Conseil constitutionnel français laissait aux juges ordinaires la compétence du contrôle de conventionnalité⁴⁴⁶, la Cour constitutionnelle italienne excluait « que le transfert aux organes de la Communauté du pouvoir d'édicter des normes juridiques (...) puisse avoir pour conséquence l'effacement de la volonté souveraine des organes législatifs des États membres (...). Ce transfert pose, en revanche, la question bien différente de la constitutionnalité des actes législatifs [de droit interne] »⁴⁴⁷. Par conséquent, au détriment de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire, la Cour constitutionnelle interdit aux juges ordinaires d'écarter la norme interne non conforme au droit communautaire, en leur imposant de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité relative à la norme nationale.

L'arrêt Simmenthal de la CJCE - C'est grâce à l'esprit critique et révolté d'un *pretore* – juge italien de première instance dans la petite ville piémontaise de Susa, située à la frontière avec la France et, donc, l'Europe - que la Cour de justice est saisie de la question de savoir si une telle approche est compatible avec le droit communautaire⁴⁴⁸.

En 1978, dans le très célèbre arrêt *Simmenthal*⁴⁴⁹, le juge communautaire précise les conséquences de la primauté⁴⁵⁰ dans les ordres juridiques nationaux et consacre la compétence du juge national comme garant du droit communautaire. En ce sens, « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »⁴⁵¹.

Cette fois, non seulement la Constitution nationale et sa primauté en droit interne sont mises à mal, mais aussi la place et le rôle des cours constitutionnelles. Ces dernières, de tout évidence, ne peuvent plus revendiquer le monopole du contrôle de conventionnalité, mais, tout au plus, partager ce rôle avec les juges ordinaires. Le caractère diffus du contrôle de conventionnalité est, à l'instar du principe de primauté, un enjeu vital pour le projet d'intégration européenne. La Cour de justice, en effet, n'a pas les pouvoirs propres d'une cour constitutionnelle ou d'une cour suprême dans un

⁴⁴⁶ Conseil const. fr., déc. du 15 janvier 1975, n°74-54 DC.

⁴⁴⁷ Cour const. it., arrêt du 30 octobre 1975, n° 232, *Industria chimica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 2211 ss.

⁴⁴⁸ V. F. Fines, comm., in H. Gaudin, M. Blanquet, J. Andrianstimbazovina, F. Fines (dir. par), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 594.

⁴⁴⁹ CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, C. 106/77, *Rec. de jurisprudence* 1978, p. 00629

⁴⁵⁰ Dans cet arrêt la CJCE utilise pour la première fois le terme « primauté ». En effet, dans l'arrêt *Costa c. Enel* de 1964 *cit.* elle avait eu recours à l'expression « prééminence ».

⁴⁵¹ Pt. 24.

système fédéral : elle ne peut pas annuler directement les normes fédérées contraires⁴⁵². Ainsi, elle doit forcément s'appuyer sur les juges nationaux qui, de fait, deviennent les principaux responsables de l'effectivité du principe de primauté dans les ordres juridiques internes.

La jurisprudence Granital - Six ans s'écoulent avant que la Cour constitutionnelle italienne ne se résigne, bien que partiellement, à la logique communautaire. Pressée par les juges ordinaires anxieux de se voir reconnaître leur rôle de juges européens de droit commun, en 1984, l'arrêt *Granital*⁴⁵³ opère enfin le revirement jurisprudentiel attendu. En effet, si les prémisses théoriques divergent encore, le résultat jurisprudentiel est bien celui sollicité par la Cour de justice communautaire.

Le juge constitutionnel considère que, dès lors que les rapports entre le droit interne et le droit communautaire sont « régis par les principes d'autonomie, de distinction et de coordination »⁴⁵⁴, les normes italiennes ne peuvent pas intervenir dans les domaines qui sont du ressort de la Communauté. En d'autres termes, la distinction et la coordination entre les deux ordres juridiques permet « une sorte de non-interférence entre les normes juridiques »⁴⁵⁵. Cette approche élimine le risque de conflits entre les normes internes et européennes, qui sont valides chacune dans leur propre ordre juridique. Par conséquent, les éventuels conflits doivent être résolus en vertu du critère de la compétence, ce qui garantit l'applicabilité directe des normes communautaires. En effet, une disposition interne en conflit avec une disposition communautaire « ne peut pas constituer un obstacle à la reconnaissance de la force et de la valeur que le Traité confère au règlement communautaire »⁴⁵⁶.

La Cour italienne renonce ainsi à son monopole dans l'exercice du contrôle de conventionnalité et reconnaît que les juges ordinaires peuvent écarter directement une norme interne non conforme aux actes communautaires dotés de l'effet direct. Ces actes sont, notamment, les dispositions des traités, les règlements, les arrêts interprétatifs de la CJUE prononcés suite à une question préjudicielle⁴⁵⁷ ou bien dans le cadre contentieux⁴⁵⁸, les directives communautaires produisant des effets directs⁴⁵⁹ et, enfin, les décisions de la Commission européenne⁴⁶⁰.

⁴⁵² F. Fines, comm., in H. Gaudin, M. Blanquet, J. Andrianstimbazovina, F. Fines (dir. par), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 596.

⁴⁵³ Cour const., arrêt n°170/1984, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, p. 1098 ss. Trad. en français et commentaire : J.-V. Louis, « Droit communautaire et loi postérieure, un revirement de la Cour constitutionnelle italienne », *Cab. dr. eur.*, 1986, p. 185-202.

⁴⁵⁴ Cour const. it., arrêt n°170/1984.

⁴⁵⁵ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 844.

⁴⁵⁶ Cour const., arrêt n°170/1984, cit. Ainsi, à l'heure actuelle, les juges ordinaires italiens peuvent écarter directement une norme interne non conforme aux actes communautaires directement applicables. Ces actes sont, notamment, les dispositions des traités, les règlements, les arrêts interprétatifs de la CJUE prononcés suite à une question préjudicielle (Cour const., arrêt n°113/1985, in *Giurisprudenza costituzionale* 1985, p. 694 ss.) ou bien dans le cadre contentieux (Cour const., arrêt n°389/1989, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 1757 ss.), les directives communautaires produisant des effets directs (Cour const., arrêt n°168/1991, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 1409 ss.), et, enfin, les décisions de la Commission européenne (Cour de cassation, sect. *Tributaria*, 10 décembre 2002, n° 17564).

⁴⁵⁷ Cour const., arrêt n°113/1985, in *Giurisprudenza costituzionale* 1985, p. 694 ss.

⁴⁵⁸ Cour const., arrêt n°389/1989, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 1757 ss.

⁴⁵⁹ Cour const., arrêt n°168/1991, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 1409 ss.

⁴⁶⁰ Cour de cassation it., sect. *Tributaria*, 10 décembre 2002, n° 17564

Toutefois, la Cour constitutionnelle continue de se considérer compétente pour exercer le contrôle de conventionnalité si les actes européens ne sont pas directement applicables⁴⁶¹. Elle se reconnaît également une compétence générale pour résoudre tous les conflits normatifs proposés en voie principale, c'est-à-dire lors de jugements déclenchés par l'État ou les Régions⁴⁶². Enfin, elle reste fidèle à la théorie des « contre-limites » : lorsque le droit européen porte atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien et aux droits inaliénables de la personne humaine, la Cour constitutionnelle doit être investie du conflit. Elle apprécie alors si le conflit entre le droit communautaire – en tant que norme interposée – et les principes fondamentaux peut conduire à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi d'exécution du Traité CEE.

Les conséquences de la jurisprudence Granital - Pendant environ trente ans, ce cadre normatif et conceptuel guide les choix de la Cour constitutionnelle italienne en ce qui concerne, d'une part, la possibilité pour le juge des lois de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles en interprétation ou en validité et, d'autre part, dans la solution des situations dites de « double préjudicialité ».

L'ordonnance n°536 de 1995 marque, notamment, un tournant important en la matière. Le juge constitutionnel s'interdit de saisir la Cour de justice en se fondant sur un arrêt de 1960, dans lequel la Cour constitutionnelle avait exclu sa nature d'organe juridictionnel en raison de sa mission « sans précédents dans l'ordre juridique italien », par rapport à la mission « bien connue et historiquement consolidée des organes juridictionnels »⁴⁶³. En 1995, il affirme donc ne pas rentrer dans la catégorie de « juridiction nationale » de l'article 177 du Traité CE. *De facto*, seuls les juges ordinaires sont des juges européens de droit commun et, en cas de doute sur l'interprétation du droit communautaire, ils doivent « saisir celle-ci (la Cour de justice CE), afin de solliciter une interprétation certaine et fiable, capable de déterminer la *rilevanza* – la pertinence - et la *non manifesta infondatezza* – le caractère sérieux – du doute sur la constitutionnalité d'une loi nationale qui (...) serait influencée, directement ou indirectement, par une norme communautaire ».

La Cour constitutionnelle se prive, ainsi, du droit au « premier mot », lorsque se profile un conflit entre une norme nationale et une norme communautaire⁴⁶⁴. Et ce, même lorsqu'une norme nationale est suspectée de violer à la fois le droit communautaire et la Constitution. Cette situation est appelée de « double préjudicialité », puisque la question préjudicielle peut être posée à la fois à la Cour constitutionnelle et à la Cour de justice. Dans ces cas, la Cour constitutionnelle demande aux juges ordinaires de saisir au préalable la Cour de justice, afin que celle-ci définisse correctement le cadre normatif supranational. En effet, de la réponse de la Cour de justice dépend la « *rilevanza* », c'est-à-dire le caractère déterminant de la question pour la résolution du litige⁴⁶⁵, en ce que la

⁴⁶¹ Dans ces cas, les juges ordinaires doivent saisir la *Corte* d'une question préjudicielle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 11 de la Constitution. V. parmi d'autres : Cour const., arrêts n° 317 et 330 de 1996, n°28/2010 ; les *ordinanze* n°536/1995, n° 267/1999 et 95/2004, n°284/2007

⁴⁶² Cour const., arrêt n° 94/1995 in *Giurisprudenza Costituzionale* 1995, p. 788 ss., confirmé par l'arrêt n°217/2012.

⁴⁶³ Cour const., arrêt 23 mars 1960, n°13/1960.

⁴⁶⁴ V. les réflexions critiques sur le choix opéré par la Cour constitutionnelle du professeur Marta Cartabia in « La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea », in N. Zanon et V. Onida (dir. par), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Ed. Scientifiche italiane, Naples, 2006, p. 99-128.

⁴⁶⁵ La *rilevanza* est fondée sur l'art. 23, 2^e al. de la loi n°87/1953. La doctrine a considéré que ce concept est « la conséquence du caractère nécessairement concret de la question de constitutionnalité et dérive implicitement du fait que cette question doit être posée de façon incidente et, par conséquent, pouvoir être utile à la résolution du litige » (G. Zagrebelsky, in Giuliano Amato et Augusto Barbera (dir.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologne, Il Mulino, 1984,

constatation de la violation du droit communautaire induit la non application du droit interne dans le procès *a quo*⁴⁶⁶. En mars 2017, encore, le juge constitutionnel réaffirmait que le renvoi préjudiciel à la CJUE « constitue un *prins* logique et juridique par rapport au contrôle de constitutionnalité, puisqu'il concerne l'applicabilité de la norme censurée dans le jugement *a quo* et, par conséquent, la pertinence (*rilevanza*) du recours au juge constitutionnel »⁴⁶⁷. Cette priorité vaut même lorsque le juge *a quo* est incertain quant au fait que le droit UE applicable au litige soit ou non doté de l'effet direct. Pour le juge de la loi, c'est la Cour de justice qui, investie en premier, doit déterminer la nature de la norme.

Les failles de l'approche dualiste en matière de droits fondamentaux - Or, en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux, l'approche dualiste de la Cour constitutionnelle révèle très vite ses failles, comme cela a été observé, dès 1997, par plusieurs commentateurs⁴⁶⁸. Cette approche postule en effet que les droits fondamentaux de l'Union – consacrés ensuite par la Charte des droits fondamentaux de 2000 – devraient concerner exclusivement les institutions et les organes européens, en étant soumis à la seule juridiction de la Cour de justice. En revanche, la protection des constitutions nationales concernerait une sphère séparée et distincte, s'appliquant aux institutions et aux organes nationaux, sous le contrôle juridictionnel des cours constitutionnelles nationales⁴⁶⁹. C'est en ce sens que la Cour constitutionnelle italienne se prive du « premier mot » en cas de double préjudicialité, en attendant que la Cour de justice définisse le cadre normatif pour intervenir ensuite lorsque l'affaire relève du ressort du droit constitutionnel.

Les effets de la doctrine de l'incorporation - Toutefois, même avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, la Cour de justice avait étendu le domaine d'application des droits fondamentaux communautaires, en indiquant les cas dans lesquels les principes généraux s'appliquaient, ainsi qu'aux institutions et aux organes communautaires, aux institutions et aux organes nationaux⁴⁷⁰. Il s'agissait de l'application de la doctrine de l'*incorporation*. Cette doctrine, d'origine américaine⁴⁷¹, permet aux droits fondamentaux communautaires de contraindre les institutions, à la fois, européennes et nationales, lorsque ces dernières agissent pour donner exécution à des obligations communautaires, ou bien lorsque les États membres s'appuient sur une clause de justification contenue dans les Traités – ou sur une autre source de droit communautaire – qui les exempte du respect d'une obligation communautaire dans un cas déterminé⁴⁷².

p. 774). V. aussi : J.-C. Escarras, « Éléments de référence », *Les Cahiers du CDPC*, vol. 1, 1987, p. 30 ; W. Mastor, L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 91 ; J.-J. Pardini, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne : *ab origine fidelis* », *Pouvoirs*, n°2011/2, n°137, p. 101-122.

⁴⁶⁶ *Ordinanza* n°536/1995, confirmée par ord. n°319/1996.

⁴⁶⁷ Cour const. it., *ordinanza* n°48/2017 du 2 mars 2017.

⁴⁶⁸ M. Cartabia, « Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e nazionale », *Foro it.*, 1997, V, 222; S. Panunzio, « I diritti fondamentali e le Corti in Europa », in Id. (dir. par), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 24 ss. ; A. Cerri, « La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte », *Giur.cost.*, 2013, p. 2897 ss.

⁴⁶⁹ V. K. Lenaerts, « Fundamental rights in the European Union », *European Law Review*, 2000, p. 575 ss.

⁴⁷⁰ *Inter multas*, v. : CJCE, arrêt 13 juill. 1989, *Wachauf*, 5/88, ; 18 juin 1991, *ERT*, 260/89, ; 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, 62/90 ; 1^{er} fév. 1996, *Perfili*, 177/94 ; 26 juin 1997, *Familiapress*, C-368/95 ; 13 avril 2000, *Karlsson*, C-292/97.

⁴⁷¹ Sur l'origine américaine de ce phénomène : J. H. H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 135 ss.

⁴⁷² V. M. Cartabia, « Art. 51 », M. Cartabia, A. Celotto, R. Bifulco (dir. par), *L'Europa dei diritti*, *op. cit.*, p. 347.

La doctrine de l'*incorporation* met à mal l'approche dualiste⁴⁷³ en ce qu'elle rend possible la pénétration de la protection communautaire dans les ordres nationaux – bien que dans la limite du domaine de compétence européen – en créant une superposition entre les différentes formes de garantie des droits fondamentaux en Europe⁴⁷⁴.

La Cour constitutionnelle italienne peine à prendre acte de ces transformations. En demeurant attachée à une théorie binaire, désormais incapable de décrire la réalité mouvante et complexe de la garantie des droits en Europe, elle contribue au processus de marginalisation de son propre rôle, ainsi que de la Constitution nationale, en matière de protection des droits fondamentaux.

B. La théorie dualiste appliquée à la Convention européenne des droits de l'homme

L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne a suivi un parcours long et accidenté. Bien qu'elle ait été ratifiée en 1955 par l'État italien, la première référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans le rapport annuel du président de la Cour constitutionnelle aux médias remonte à 1989 et la première référence à la relation entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Strasbourg date de 2004. Cela est symptomatique de la place très marginale que la Convention a occupée dans les sources du droit italien pendant presque cinquante ans.

Lex posterior derogat priori - En effet, pour la Cour constitutionnelle, étant donnée qu'aucune norme constitutionnelle ne déterminait la valeur juridique et donc la place de la Convention dans les sources du droit italien, il fallait en déduire que les dispositions de la Convention avaient le même statut que la loi⁴⁷⁵ qui les avait incorporées dans l'ordre juridique interne⁴⁷⁶. En d'autres termes, elles avaient la même valeur juridique que la loi ordinaire et elles étaient soumises à la règle *lex posterior derogat priori*.

Pour autant, les juges ordinaires sollicitaient la Cour afin qu'elle reconnaisse le fondement de la Convention dans les articles 10 ou 11 de la Constitution. Ce qui aurait permis de faire de la Convention un paramètre interposé entre la loi nationale et la Constitution. Fidèle à son approche dualiste du droit international, toutefois, la Cour constitutionnelle rejette de façon systématique toutes ces tentatives, en arguant que l'article 10 ne concerne que le droit international coutumier⁴⁷⁷ et que l'article 11 n'inclut pas la Convention EDH⁴⁷⁸.

Dans un tout premier temps, la Convention EDH et les Traités communautaires sont donc soumis au même régime. Sauf qu'en 1964 la Cour de justice s'y oppose⁴⁷⁹, en obligeant la Cour

⁴⁷³ En ce sens, M. Cartabia, « Art. 51 », M. Cartabia, A. Celotto, R. Bifulco (dir. par), *L'Europa dei diritti, op. cit.*, p. 348 ; U. De Siervo, « L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea », *Dir. pubblico*, 2001, p. 49 ss.

⁴⁷⁴ I. Pernice, « Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitutionalism revisited? », *Common Market Law Review*, 1999, p. 724.

⁴⁷⁵ Loi n°848 du 4 août 1955.

⁴⁷⁶ Dans l'arrêt n°188/80, la Cour constitutionnelle affirme de partager « l'orientation majoritaire au sein de la doctrine et de la jurisprudence selon laquelle, en l'absence d'une prévision constitutionnelle spécifique, les normes conventionnelles, devenues exécutoires dans l'ordre interne de la République, ont la valeur de la loi ordinaire » (pt. 4). Confirmé par les arrêts n°153/87, n°323/89, n°315/90 et n°388/99.

⁴⁷⁷ Cour const., arrêts n°104/1969 et 323/1989.

⁴⁷⁸ Cour const., arrêts n°188/1980 et n°223/1996.

⁴⁷⁹ CJCE, *Costa c./ENEL*, cit., v. supra.

constitutionnelle à prendre en compte la nature particulière des Communautés européennes et de leur droit. En revanche, le caractère subsidiaire⁴⁸⁰ de la Convention et l'absence d'une obligation formelle de faire primer le droit conventionnel en droit interne⁴⁸¹ permettent au juge constitutionnel italien de continuer de freiner pendant longtemps l'intégration du droit conventionnel en droit interne.

Une « source atypique » - Au début des années 1990, toutefois, l'attitude du juge constitutionnel commence à changer. Tout d'abord, en 1993, la Cour constitutionnelle reconnaît à la Conv. EDH et aux Pactes de 1966 une « force de résistance passive particulière » vis-à-vis de lois successives, en raison de leur caractère de « sources atypiques »⁴⁸². La loi de ratification d'un traité international serait en effet adoptée sur le fondement d'une « compétence atypique » du législateur, ce qui permettrait aux normes conventionnelles de ne pas être modifiées ou abrogées par une loi ordinaire⁴⁸³. Cette jurisprudence, à vrai dire très peu motivée, manifeste de toute évidence le malaise du juge constitutionnel vis-à-vis d'un cadre normatif qui ne permet pas de protéger davantage des sources stratégiques dans la défense des droits. Toutefois, elle reste totalement isolée, les décisions suivantes⁴⁸⁴ reproduisant le schéma dualiste classique en ce qui concerne le statut de la Convention en droit interne.

Le principe d'une interprétation intégrée - Pourtant, à partir de cet arrêt, la Cour constitutionnelle commence à théoriser le principe d'une interprétation intégrée des droits fondamentaux⁴⁸⁵. Ainsi, en 1999, elle admet que « les droits humains, garantis aussi par les conventions universelles et régionales, comme la Conv. EDH, trouvent une reconnaissance à l'article 2 de la Constitution » et que « les différentes formules qui expriment (les droits fondamentaux) s'intègrent, en se complétant réciproquement, dans l'interprétation »⁴⁸⁶. Dans le même sens, en 2004, la Cour constitutionnelle affirme que « l'interprétation en conformité avec la Constitution [s'appuyait] sur des règles importantes, y compris d'origine supranationale », en faisant référence à la Convention et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁸⁷. Dans le cadre de cette interprétation intégrée, la Cour constitutionnelle commence à invoquer non seulement les dispositions de la Convention, mais aussi la jurisprudence de la Cour EDH⁴⁸⁸.

⁴⁸⁰ À la suite de la Déclaration de Brighton de 2012, les États parties à la Convention ont adopté un protocole d'amendement (protocole n° 15) qui prévoit d'ajouter, à la fin du Préambule de la Convention, un considérant qui indique dans le principe de subsidiarité le critère organisant les rapports entre les cours nationales et la Cour EDH : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ». En 2018, la Déclaration de Copenhague a mis en avant la notion de « responsabilité partagée » pour décrire les liens entre la Cour européenne et les États parties, en particulier, les cours nationales. V. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 196 s.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 185-189.

⁴⁸² Cour const., arrêt n°10/1993.

⁴⁸³ T. Groppi, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*, op. cit., p. 82.

⁴⁸⁴ V. pour toutes, Cour const., arrêt n°73/2001.

⁴⁸⁵ V. D. Tega, « La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale », *Quaderni costituzionali*, n°2/2007.

⁴⁸⁶ Arrêt n°388/1999.

⁴⁸⁷ Arrêt n°413 de 2004.

⁴⁸⁸ V. arrêt n°154/2004, qui fait référence au droit protégé par l'article 6 de la Convention EDH, à la lumière de l'interprétation contenue dans les arrêts CEDH, *Cordova c. Italie (n°1)*, n°40877/98 et *Cordova c. Italie (n°2)*, n°45649/99.

Les juges ordinaires, quant à eux, suite aux tentatives échouées de soumettre le contrôle de conventionnalité à la Cour constitutionnelle, à partir de 1993, commencent, à l'occasion, à appliquer directement le droit conventionnel en écartant la disposition de droit interne concurrente, comme s'il s'agissait d'une norme de l'Union européenne⁴⁸⁹. Ainsi, entre 1993 et 2007, bien que l'influence de la Convention sur le droit italien demeure encore limitée⁴⁹⁰, les conditions sont posées pour un tournant jurisprudentiel décisif en matière de rapports entre l'ordre interne et l'ordre conventionnel.

Les arrêts jumeaux de 2007 - Au travers de deux arrêts de 2007, dits « jumeaux »⁴⁹¹, la Cour constitutionnelle, à l'appui du nouvel article 117, 1^{er} al. de la Constitution⁴⁹² – révisé lors de la réforme constitutionnelle de 2001 - établit des règles permettant de justifier d'un point de vue à la fois théorique et pratique l'intégration progressive du droit conventionnel en droit interne.

Le droit CEDH diffère du droit UE - Tout d'abord, face à la tendance des juges ordinaires à étendre au droit conventionnel la jurisprudence constitutionnelle *Granital* relative au droit de l'UE, la Cour constitutionnelle censure fermement ce procédé et redéfinit le statut du droit de la Convention EDH par rapport à celui du droit de l'Union⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Cour de cassation it. n°2194 de 1993, n°6672 de 1998 et Ass. plén., n°28507 de 2005. Cour d'Appel de Rome, 11 avril 2002. Pour d'autres références v. : V. Sciarabba, *Tra fonti e corti*, Padova, Cedam, 2008, p. 307 ss.

⁴⁹⁰ Sur les rapports entre la CEDH et l'ordre italien avant 2007, v. A. Pace, « La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia » *Diritto pubblico*, n°7/2001, p. 1 ; M. Cartabia, « La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni », in R. Bin et al. (dir. par), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007 ; F. Viganò, « 'Sistema CEDU' e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte costituzionale », in R. Bin et al. (dir. par), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, op. cit. ; B. Randazzo, « La CEDU nella giurisprudenza costituzionale », https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/La_CEDU_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf

⁴⁹¹ Cour const., arrêts n°348 et n°349 du 24 octobre 2007. G. Repetto, « Rethinking a constitutional role for the ECHR, The dilemmas of incorporation into Italian domestic law » in G. Repetto, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law, an Italian perspective*, Cambridge, Intersentia, 2013, 37-53 ; F. Jacquelot, « La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », *Revue de Droit Public*, 2011, p. 1235 ; A. Ruggeri, « Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive », in Del Canto et Rossi (éd.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011 ; P. Ridola, « La Corte costituzionale e la Convenzione europea dei diritti dell'homme: tra gerarchia delle fonti nazionali e armonizzazione in via interpretativa », in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Torino, Giappichelli, 2010 ; E. Cannizzaro, « The effect of the ECHR on the Italian legal order: direct effect and supremacy », *XIX Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 173 ; F. Lafaille, « CEDH et constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes », *Revue de Droit Public*, 2009, p. 1137 ; O. Pollicino, « Constitutional Court at the crossroads between parochialism and co-operative constitutionalism », *European Constitutional Law Review*, n°4, 2008, p. 363 ; F. Dal Monte et F. Fontanelli, « The Decisions no. 348 and 349 of 2007 of the Italian Constitutional Court: the efficacy of the European convention in the Italian legal system » *German Law Journal*, n°9/2008, p. 889 ; M. Luciani, « Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale », *Corriere giuridico*, 2008, p. 185 ; M. Cartabia, « Le sentenze gemelle: Diritti fondamentali, fonti, giudici » *Giurisprudenza Costituzionale*, n°52/2007, p. 3564 ; F. Donati, « La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007 », *I Diritti dell'Uomo*, 2007, p. 14 ; C. Pinelli, « Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti » *Giurisprudenza Costituzionale*, n°52/2007, p. 3518.

⁴⁹² L'article 117 impose désormais à l'État et aux Régions d'exercer le pouvoir législatif conformément aux obligations internationales.

⁴⁹³ En effet, malgré la référence contenue dans l'art. 6 du Traité sur l'UE et les références fréquentes de la Cour de justice de l'UE à la Cour EDH, la Convention « est une réalité juridique, fonctionnelle et institutionnelle, distincte de

Pour la Cour constitutionnelle, la Conv. EDH « ne crée pas un ordre juridique supranational » à l'instar des Traités communautaires. Il s'agit d'un « traité international multilatéral - bien que doté de caractéristiques spécifiques – produisant des obligations pour les États membres »⁴⁹⁴, mais incapable de produire des effets directs dans l'ordre interne. Partant, il n'y a pas de limitation à la souveraineté nationale. Dès lors, les individus ne sont pas directement et immédiatement titulaires des droits. « Bien que l'individu déclenche le contrôle juridictionnel à l'encontre de son propre État d'appartenance, les arrêts de la Cour de Strasbourg s'adressent à l'État membre »⁴⁹⁵. Ainsi, les juges nationaux ne peuvent pas écarter les normes internes non conformes à la Convention. En d'autres termes, le contenu matériellement constitutionnel de la Convention, en ce qu'elle « protège et valorise les droits et les libertés fondamentaux »⁴⁹⁶, ne change pas la nature formelle du droit international conventionnel⁴⁹⁷.

Le statut hybride de la CEDH en droit interne - En second lieu, la Cour constitutionnelle précise le statut de la Convention parmi les sources du droit national, en reconnaissant sa nature de droit interposé entre la Constitution et la loi. La Conv. EDH est donc une norme de rang « infra-constitutionnel », c'est-à-dire subordonnée à la Constitution, mais supra-législative. Le paramètre constitutionnel est l'article 117, 1^{er} alinéa de la Constitution qui, depuis 2001⁴⁹⁸, impose à l'État et aux Régions d'exercer le pouvoir législatif conformément aux obligations internationales. Par une interprétation extensive de la disposition, la *Consulta* considère que cette obligation constitutionnelle a enfin « comblé une lacune » et qu'elle empêche désormais « de manière irréfutable » que les lois ordinaires puissent modifier ou abroger les normes conventionnelles. En même temps, l'article 117, 1^{er} al., fait rentrer le droit conventionnel dans le domaine de compétence de la Cour constitutionnelle : en cas de conflit entre une norme interne et le droit conventionnel, les juges ordinaires doivent contester la constitutionnalité de la norme nationale, puisque celle-ci, en violant une disposition conventionnelle « interposée », porte atteinte à l'obligation constitutionnelle de respecter les accords internationaux transposés par une loi en droit interne.

Le choix de l'article 117, 1^{er} al., ainsi que la confirmation de l'inexistence de tout lien entre la Conv. EDH et les articles 10 et 11 de la Constitution, établit une certaine continuité entre la nouvelle jurisprudence de la Cour et les arrêts précédents. L'article 117 est, en effet, interprété comme une norme capable de reconnaître une force passive supérieure à celle des lois ordinaires, mais incapable d'élever le statut de la Convention au rang de source constitutionnelle « active »⁴⁹⁹. L'approche dualiste est donc maintenue.

la Communauté européenne créée par les Traités de Rome de 1957 et de l'Union européenne instituée par le Traité de Maastricht de 1992 » (Cour const., arrêt n°348/2007).

⁴⁹⁴ Arrêt n°349/2007.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ D. Tega, « Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto », *Forum di Quaderni costituzionali*, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0013_tega_nota_348_349_2007.pdf

⁴⁹⁸ Loi constitutionnelle n°3 du 18 octobre 2001.

⁴⁹⁹ En ce sens, M. Cartabia, « La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni », in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 3.

Le déroulement complexe du contrôle de conventionnalité - Ainsi, en cas de conflit entre une disposition conventionnelle et une norme de droit interne, le juge ordinaire ne peut pas écarter cette dernière, mais il doit suivre une procédure complexe, qui s'articule en deux phases. Tout d'abord, le juge ordinaire doit tenter de résoudre le conflit normatif, en interprétant les normes internes conformément aux dispositions conventionnelles et à la jurisprudence de la Cour EDH. Par ce biais, le juge constitutionnel reconnaît, d'une part, aux juges ordinaires le rôle de juges de droit commun de la Convention et, d'autre part, à la Cour EDH la mission d'assurer l'interprétation et l'application uniforme du droit conventionnel⁵⁰⁰. La Conv. EDH est donc « le résultat de l'interprétation de la Cour EDH », et c'est bien à la lumière de cette jurisprudence que les normes conventionnelles doivent être prises en compte en droit interne⁵⁰¹.

Toutefois, les décisions de la Cour de Strasbourg ne sauraient avoir une valeur contraignante absolue et « inconditionnée »⁵⁰². Lorsque l'interprétation conforme ne permet pas au juge ordinaire de résoudre le conflit normatif, ce dernier doit soulever une question préjudicielle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 117, 1^{er} al. de la Constitution.

Dans cette seconde phase, la *Consulta* exerce le contrôle de conventionnalité en deux temps. D'abord, elle vérifie si la norme conventionnelle ne rentre pas en conflit avec la Constitution, ou bien si elle n'offre pas une protection moindre par rapport à celle garantie par la Constitution italienne. Le juge peut alors éventuellement faire barrage au droit conventionnel selon l'interprétation de la Cour strasbourgeoise.

La Convention est en effet considérée comme une source du droit externe, qui ne limite pas la souveraineté nationale⁵⁰³ et, de ce fait, ne peut pas compromettre l'unité de la Constitution. Ainsi, « la nature particulière de ces normes, différente de celles communautaires et de celles concordataires, implique que le contrôle de constitutionnalité ne peut pas se limiter à la violation des principes et des droits fondamentaux ou des principes suprêmes », mais doit s'étendre à l'ensemble des normes constitutionnelles⁵⁰⁴. En ce qui concerne le droit conventionnel, la doctrine des contre-limites est alors beaucoup plus sévère. Si vis-à-vis du droit de l'Union, elle ne concerne que les principes suprêmes et les droits inviolables garantis par l'ordre italien, vis-à-vis du droit de la Convention EDH, elle peut s'appliquer en cas de violation de toute norme constitutionnelle.

Dans l'exercice de son contrôle, la Cour constitutionnelle doit alors rechercher un équilibre raisonnable entre les obligations imposées par le droit international - y compris celles découlant de la Convention - en vertu de l'article 117 C, et la protection d'intérêts constitutionnels reconnus par d'autres articles de la Constitution⁵⁰⁵. L'objectif est, pour la Cour, de vérifier que les normes conventionnelles assurent une « garantie des droits fondamentaux au moins équivalente au niveau garanti par la Constitution italienne »⁵⁰⁶. Par cette affirmation, l'on peut constater que le juge constitutionnel, en 2007, n'envisage même pas que la Convention puisse offrir un degré de protection supérieur à celui garanti par la Constitution.

⁵⁰⁰ Arrêt n°348/2007.

⁵⁰¹ En ce sens, pour le juge constitutionnel italien, la Convention diffère d'autres traités internationaux puisque son interprétation n'est pas confiée aux Parties contractantes, mais à une Cour (arrêt n°348/2007).

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ Pour le juge constitutionnel, en effet, la Conv. EDH ne rentre pas dans le cadre de l'art. 11 de la Constitution. *Ibid.*

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ Arrêt n°348/2007.

⁵⁰⁶ Arrêt n°349/2007.

S'il s'avère que la disposition de la Convention en cause, telle qu'interprétée par la Cour, n'est pas compatible avec la Constitution, la loi de ratification de la Conv. EDH du 4 août 1955 doit être partiellement abrogée - pour autant que ladite disposition est concernée - dans la mesure où la Convention elle-même ne peut pas être jugée inconstitutionnelle.

Si, en revanche, la *Consulta* fait le constat de la compatibilité du droit conventionnel avec la Constitution, elle procède à la mise en confrontation des normes en conflit. Après analyse, elle peut déclarer l'inconstitutionnalité de la norme interne, puisque contraire à la « norme interposée » internationale et, par conséquent, à l'article 117 de la Constitution italienne, ou bien elle peut affirmer la conformité de la norme à la Constitution⁵⁰⁷.

Un « dualisme anzillottien » - En conclusion, la nouvelle organisation des rapports entre l'ordre italien et la Conv. EDH demeure guidée par un « dualisme anzillottien à l'ancienne »⁵⁰⁸ : la Convention est soumise au contrôle de la Cour constitutionnelle comme toute autre loi et, par ce biais, la Cour se réserve le « dernier mot » par rapport à la Cour de Strasbourg, dont les décisions peuvent être remises en cause *via* le refus d'appliquer le droit conventionnel en cas de conflit avec la Constitution. Cela marque une différence nette avec le droit de l'Union, puisque les décisions de la Cour de justice, au contraire, sont dotées de la force obligatoire en droit interne, sauf dans l'hypothèse rare de violation des contre-limites⁵⁰⁹. La Cour de Strasbourg n'a donc pas une compétence juridictionnelle qui se superpose à celle des organes juridictionnels italiens, mais seulement « une fonction interprétative éminente »⁵¹⁰. En revanche, la Cour constitutionnelle est le gardien ultime des droits fondamentaux dans un système de contrôle de conventionnalité concentré.

Chapitre 2. L'hybridation du dualisme anzillottien

À partir des années 2000, l'approche dualiste « assouplie » qui avait caractérisé la jurisprudence *Granital*, connaît un fléchissement ultérieur, permettant une intégration européenne accrue. L'évolution est telle que certains commentateurs y voient même de quoi préconiser la future inspiration au monisme de la réglementation des rapports entre le droit de l'Union et le droit national⁵¹¹. Si le monisme, finalement ne viendra pas, cette phase d'hybridation de l'approche dualiste pose les bases du tournant pluraliste qui sera inauguré en 2017 (A). Dans le même sens, par rapport au système conventionnel, deux ans après les arrêts jumeaux de 2007, un nouveau couple d'arrêts nuance la rigueur de l'approche formelle par une perspective nouvelle, axiologique et substantielle (B).

⁵⁰⁷ Sur le contrôle de conventionnalité en Italie v. en langue française : F. Laffaille, « CEDH et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes », *RDP*, juill.-août 2009, n°4, pp. 1137 ss. ; F. Jacquolot, « La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », *RDP*, sept.-oct. 2011, n°5, pp. 1235-1254.

⁵⁰⁸ V. l'opinion séparée du juge Paulo Pinto de Albuquerque à l'arrêt Cour EDH, *GIEM c. Italie*, *cit.*, p. 88.

⁵⁰⁹ T. Groppi, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 87.

⁵¹⁰ D. Tega, « Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 », *cit.*, p. 2.

⁵¹¹ En ce sens, A. Celotto, « *Venisti tandem!* », *Giurisprudenza costituzionale*, n°1, 2010, p. 385 ss. à propos de la décision de la Cour constitutionnelle n°28/2010. V. *infra*.

A. L'érosion du dualisme par rapport au droit de l'Union européenne

Les raisons de l'intégration accrue des rapports entre l'ordre interne et l'ordre de l'Union à l'aube du XXI^e siècle tiennent, à notre avis, à plusieurs facteurs relevant des contextes à la fois européen et national.

Les facteurs européens du tournant - En ce qui concerne la construction européenne, les décennies 1990 et 2000 sont des années fastes. En effet, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, le 1^{er} novembre 1993, l'intégration européenne connaît une très forte accélération et explicite son ambition non seulement économique, mais aussi politique. C'est ainsi que l'Union européenne naît, avec sa célèbre structure en piliers ; qu'une politique monétaire unitaire est adoptée ; et que, en matière de droits fondamentaux, pour la première fois, sont promues des politiques en matière de santé publique, d'éducation et de culture⁵¹². En outre, la protection des droits fondamentaux est enfin inscrite dans les traités. Elle n'est plus un enjeu seulement prétorien. En ce sens, le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 fait progresser la soumission de l'Union aux exigences de l'État de droit, avec l'affirmation à l'article 6 TUE des principes de la démocratie libérale et du respect des droits fondamentaux et l'institution d'une procédure de sanction à l'encontre des États membres qui violeraient les principes de l'État de droit (art. 7 TUE)⁵¹³.

En 1999, préoccupée de réduire le déficit démocratique et de rapprocher l'Europe de ses citoyens, l'Union européenne se lance dans un processus ultérieur de reconnaissance et de garantie de droits fondamentaux. C'est ainsi qu'en décembre 2000, à l'issue des travaux d'une « convention », organisme original et très inclusif, est adoptée la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁵¹⁴. Un an après, le Conseil européen de Laeken adopte une déclaration « sur l'avenir de l'Union européenne »⁵¹⁵ qui évoque expressément l'éventualité d'une constitution pour l'Union. L'adoption en octobre 2004, à Rome, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe couronne ce processus.

Cette course à la constitutionnalisation de l'ordre européen s'arrête brutalement face aux refus français et hollandais de ratifier le Traité en mai-juin 2005⁵¹⁶. Cependant, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, tout en mettant un terme à la perspective constitutionnelle, permet de récupérer et de consacrer certains éléments matériellement constitutionnels du Traité de 2004⁵¹⁷. Parmi eux, la reconnaissance de la pleine valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux. Ce processus renforce le rôle politique de l'Union et légitime l'intégration accrue de son droit aux yeux des États membres – et de leurs Cours. En effet, cette organisation supranationale atypique contribue désormais de façon déterminante à faire progresser la protection des droits dans l'espace européen.

⁵¹² V. F. Picod (dir. par), « Le traité de Maastricht 20 ans après », *RAE*, 1/2012.

⁵¹³ V. Y. Lejeune, *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998.

⁵¹⁴ V. L. Bugorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir. par), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, Partie II, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruylant, 2005 ; L. Bugorgue-Larsen, « La fabuleuse histoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mél. P. Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 77 ss.

⁵¹⁵ Bull. UE, 12/2001, n°1, p. 27.

⁵¹⁶ C. Barbier, « La ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2006/34-35 (n° 1939-1940), p. 5-73.

⁵¹⁷ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 25-26.

Les facteurs italiens du tournant - Dans les mêmes années, l'Italie connaît une radicalisation très forte du conflit politique. La reconfiguration de l'échiquier politique faisant suite au scandale de *Tangentopoli* en 1992 s'accompagne de l'introduction d'un système électoral majoritaire⁵¹⁸. L'instauration, pour la première fois en Italie, d'un système politique bipolaire conduit à un bipolarisme dit « conflictuel », en raison de la contestation par les nouvelles forces politiques des valeurs constitutionnelles qui, jusque-là, avaient constitué le socle commun de tous les partis. La Constitution est attaquée et fait l'objet de plusieurs propositions de révision. La Cour constitutionnelle, pour la première fois, est victime de tentatives réitérées de délégitimation par des représentants de la classe politique dirigeante, qui l'accuse d'être « partisane »⁵¹⁹.

En 2001, la victoire aux élections législatives de la coalition de centre-droite guidée par Silvio Berlusconi exacerbe davantage le conflit politique et institutionnel et inaugure un quinquennat législatif fortement attentatoire aux droits et libertés. L'Italie se trouve alors, à plusieurs reprises, en porte à faux vis-à-vis de l'ordre de l'Union et de l'ordre conventionnel⁵²⁰.

Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle traverse une phase de « *judicial modesty* » : pour préserver sa fonction, et par ricochet le prestige de la Constitution, elle devient plus prudente et moins créative, en essayant, d'une part, de limiter tout empiètement sur les compétences du législateur⁵²¹ et, d'autre part, de laisser aux juges ordinaires le rôle principal dans la défense des droits subjectifs⁵²². Dans ce cadre, l'intégration européenne avec la garantie concurrente, mais ultérieure, qu'elle offre à la protection des droits est perçue par les juges ordinaires, tout comme par la Cour constitutionnelle, comme une soupape de secours. La *Consulta* accompagne alors ce processus d'intégration, en transformant la méfiance originale en confiance prudente.

Concrètement, les revirements jurisprudentiels concernent, à la fois, le degré de pénétration du droit de l'Union en droit interne et le rôle de la Cour constitutionnelle en tant que juge européen

⁵¹⁸ Le référendum abrogatif du 18 avril 1993, qui abolit le mode de scrutin proportionnel pour les élections législatives en le remplaçant par un système à prévalence majoritaire, achève la rupture avec le passé. À travers ce référendum, quatre-vingt pour cent des Italiens expriment leur désaveu vis-à-vis de l'ancien système politique, en considérant le scrutin majoritaire comme l'instrument d'un renouveau profond de la classe et des pratiques politiques (v. A. Chimenti, *Storia dei referendum*, Roma-Bari, Laterza, 1999). Le parlementarisme italien passe alors d'un système multipolaire bloqué, où les gouvernements se formaient sur la base exclusive d'accords post-électoraux entre les partis, à un système à tendance bipolaire. Nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, « Des partis de masse aux partis personnels, l'élu politique anti-héros du cinéma italien », *Considérant – Revue du droit imaginé*, n°3, mars 2021, 19 p.

⁵¹⁹ V. R. Romboli *et al.*, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 333.

⁵²⁰ Pendant cette période, la dangereuse et anti-démocratique alliance entre la politique, l'économie et les médias, induit l'Union européenne à s'intéresser de l'anomalie italienne. La Relation du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'UE, publiée en septembre 2003, dénonce la concentration du pouvoir médiatique dans les mains du Président du Conseil italien (par. 38). En 2004, le Parlement vote une résolution sur les risques de violation en Europe, et tout particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information (Parlement UE, résolution du 22 avril 2004, 2003/2237(INI)). Une nouvelle résolution sur la concentration des médias a été adoptée par le Parlement UE le 25 septembre 2008, 2007/2253(INI). En juillet 2006, la Commission européenne ouvre une procédure d'infraction contre l'Italie, considérant que la loi « Gasparri », qui régleme le secteur de la radiotélévision italien (Loi n°112 du 3 mai 2004, in *G. U.* n°104 du 5 mai 2004), porte atteinte au droit européen sous le profil, entre autre, des normes d'attribution des fréquences numériques terrestres (Comm. UE, procédure d'infraction IP/06/1019, 19 juillet 2006). En raison de cette réglementation, en juin 2012, l'Italie a été condamnée par la Cour européenne de Strasbourg pour violation de la liberté d'expression et d'information (art. 10, Conv. EDH) ainsi que du droit de propriété (art. 1, Protocole n°1). CEDH (Grande Chambre), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*.

⁵²¹ M. Scudiero et S. Staiano, (dir. par), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999 ; A. Ruggeri, « La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi », *Diritto e società*, 2007, n°1.

⁵²² Sabino Cassese note la tendance récessive de la Cour en matière de protection des droits et, en revanche, son rôle accru en tant que régulateur des conflits de compétence entre l'État et les régions. Id., « La giustizia costituzionale in Italia : lo stato presente », in *Dentro la Corte*, *op. cit.*, p. 293.

de droit commun. Les deux aspects, bien évidemment, sont entrelacés, et s'influencent réciproquement (1). En outre, le juge constitutionnel « découvre » la Charte des droits fondamentaux de l'Union adoptée en 2000 et il s'en saisit avec une très grande liberté, afin d'intégrer les principes constitutionnels. Un pas de plus est fait vers l'abandon du dualisme (2).

1. Les avancées de l'intégration

La prévention des conflits - Au cours des années 1990, la Cour constitutionnelle tire les conséquences de l'applicabilité directe du droit de l'Union en droit interne et, d'une part, elle admet l'exercice d'un contrôle préventif de constitutionnalité des lois régionales pour violation du droit de l'Union⁵²³ et, d'autre part, elle exclut l'admissibilité d'un référendum abrogatif d'une norme nationale, lorsque l'abrogation conduirait à une violation du droit de l'Union⁵²⁴. Par ce biais, le juge constitutionnel empêche qu'une norme interne contraire au droit de l'Union puisse entrer en vigueur. En prévenant les situations de conflit, cela garantit mieux la sécurité juridique et, en même temps, témoigne de l'influence grandissante du droit de l'Union dans l'ordre interne.

L'ordre de l'Union est « intégré » - En 2008, l'hybridation du dualisme s'approfondit. En prenant en partie des distances avec la jurisprudence *Gramital*, la Cour constitutionnelle indique que l'ordre de l'Union est toujours autonome et coordonné par rapport à celui interne, sans toutefois en être « distinct » - comme affirmé en 1984 -, mais au contraire il est « intégré »⁵²⁵.

Or, déjà en 1989, la Cour constitutionnelle avait évité d'avoir recours au terme « distinct », en se référant plutôt à des ordres « réciproquement autonomes, mais coordonnés et communiquant entre eux »⁵²⁶. Toutefois, en 2008, pour la première fois, la Cour a recours au concept d'« intégration », se conformant ainsi aux orientations exprimées par la Cour de justice de l'Union⁵²⁷.

Bien que la Cour ne motive pas ce changement et ne précise pas le sens du mot « intégration » non plus, les conséquences concrètes qu'elle en tire sont de grande ampleur.

La première saisine de la CJUE par la Consulta - En effet, par ce même arrêt, la *Consulta* procède à un revirement jurisprudentiel très attendu, en se considérant enfin « juridiction nationale » en vertu de l'article 234 du Traité CE, ce qui lui permet, dans le cadre d'un recours par voie principale, de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation. En acceptant de franchir le pas de la saisine, la Cour italienne, d'une part, reconnaît l'uniformité de l'interprétation du droit de l'Union comme un enjeu d'intérêt général et, d'autre part, se déclare disposée à suivre l'interprétation du droit de l'Union fournie, en l'espèce, par la Cour de justice⁵²⁸. Désormais,

⁵²³ Arrêt n°384/1994.

⁵²⁴ Arrêts n°41/2000 et n°45/2000.

⁵²⁵ Arrêt n°102/2008. T. Giovannetti, « L'ultimo passo del “cammino comunitario” conduce la Corte a Lussemburgo », *Foro it.*, 2009, I.

⁵²⁶ Arrêt n°389/1989.

⁵²⁷ CJCE, *Costa c. Enel*, *cit.*

⁵²⁸ À noter que, désormais, le caractère obligatoire du droit de l'Union en droit interne est fondé, à la fois, sur l'article 11 – comme par le passé – mais aussi, et surtout, sur l'article 117, 1^{er} al., qui pose l'obligation pour le législateur, national et régional, d'exercer son pouvoir dans le respect des contraintes dérivant de l'ordre communautaire. La norme européenne est donc une norme interposée lorsque la Cour constitutionnelle contrôle le respect par le législateur

exception faite pour les cas – rares – où peuvent être opposées les contre-limites, dans l'ensemble, la Cour constitutionnelle exprime son appartenance à l'ordre de l'Union, elle en accepte les règles et les principes fondamentaux. S'explique ainsi le recours au terme d'« intégration », en lieu et place de « distinction ».

Bien évidemment, un terme ne saurait constituer en soi une révolution⁵²⁹. La Cour constitutionnelle reste prudente et limite son pouvoir de saisine aux affaires pour lesquelles elle a été saisie en voie principale⁵³⁰. Il s'agit, notamment, d'affaires qui concernent des conflits de compétences entre le législateur national et le législateur régional et pour lesquelles la *Consulta* est « juridiction unique ». Il n'existe pas, en d'autres termes, « un juge *a quo* habilité à résoudre le litige, et donc capable d'appliquer ou écarter directement la norme interne non conforme au droit communautaire. Par conséquent, ne pas admettre dans de tels jugements le renvoi préjudiciel en vertu de l'art. 234 Traité CE comporterait une atteinte inacceptable de l'intérêt général à l'application uniforme du droit communautaire, comme interprété par la Cour de justice CE »⁵³¹.

En excluant de saisir la Cour de justice dans le cadre de recours par voie incidente, qui concernent plus typiquement la protection des droits fondamentaux, le dialogue entre les cours reste cantonné à des questions techniques, sans pouvoir s'élever aux principes constitutionnels.

Le droit de l'UE est supérieur aux lois ordinaires - Deux ans après, le juge constitutionnel franchit un autre pas sur le chemin de l'intégration européenne en déclarant, pour la première fois, que les normes de l'Union « sont contraignantes et de rang supérieur aux lois ordinaires, dans l'ordre juridique italien, en vertu des art. 11 et 117, 1^{er} al. de la Constitution »⁵³². Cette affirmation est contenue dans un arrêt relatif à un conflit entre une loi nationale et une directive qui, en vertu de la jurisprudence européenne, n'est pas dotée d'effet direct. La Cour précise alors qu'aucune norme interne n'est soustraite au contrôle de conventionnalité et, qu'en l'espèce, puisqu'il s'agit d'une norme européenne dépourvue d'effet direct, c'est elle qui jugera du respect de l'obligation constitutionnelle faite au législateur de se conformer au droit de l'Union⁵³³.

2. La « découverte » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Au cours de la première décennie du XXI^e siècle, la Cour constitutionnelle se familiarise avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union et manifeste son enthousiasme pour un texte

national de l'obligation constitutionnelle de se conformer au droit communautaire (V. arrêts n°406/2005 et n°129/2006).

⁵²⁹ Sergio Bartole observe qu'un terme ne peut pas, en soi, opérer un revirement de jurisprudence. Toutefois, dans ce cas, il annonce des évolutions futures importantes. S. Bartole, « Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti », in www.forumcostituzionale.it. En ce sens aussi : A. Pace, « La sentenza Granital, ventitre anni dopo », in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵³⁰ Arrêt n°102/2008 et ord. n°103/2008. V. M. Cartabia, « La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo », *Giur. cost.*, 2008, pp. 1312 – 1318 ; L. Pesole, « La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008 », *Federalismi.it*, n°15/2008; E. Cannizzaro, « La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008 », *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, p. 7689.

⁵³¹ Arrêt n°102/2008.

⁵³² Cour const. it., arrêt n°28/2010, §7 *in diritto*.

⁵³³ §5, *in diritto*. La Cour constitutionnelle réaffirme ainsi sa compétence à effectuer le contrôle de conventionnalité lorsque la norme européenne n'est pas dotée de l'effet direct. Dans ce cas, en effet le juge ordinaire ne peut pas écarter la norme interne en faisant primer le droit de l'Union (v. arrêts 170/1984, 317/1996, 284/2007).

qu'elle considère comme l'expression « de principes communs aux ordres juridiques européens »⁵³⁴. Tant que la Charte n'a qu'une valeur déclarative, le juge constitutionnel italien l'emploie sans se soucier de son domaine d'application et même en l'absence de toute référence à ce texte dans les actes de renvoi.

La quête de légitimation - Les fonctions de la Charte sont alors, d'une part, celle de renforcer les argumentations de la Cour (fonction *ad adiuvandum*), et, d'autre part, celle de préciser les concepts contenus dans les paramètres internes (fonction *ad definiendum*)⁵³⁵. Dans cette décennie difficile de « bipolarisme conflictuel », la référence aux textes supranationaux de protection des droits représente en effet, pour une institution qui se sent fragilisée face aux attaques du pouvoir politique, un instrument de persuasion et de légitimation. Certains arrêts, qui touchent aux ainsi dits « débats de société », ont alors recours au soutien argumentatif de la Charte UE. C'est le cas, par exemple, de l'arrêt n°45 de 2005 relatif à la loi sur la procréation médicalement assistée, autour de laquelle l'opinion publique s'était largement mobilisée ; ou encore, des arrêts n°393 et 394 de 2006, dans lesquels rentrait en jeu le principe, très sensible, de la rétroactivité de la loi pénale plus douce⁵³⁶.

Un nouvel espace européen commun pour la protection des droits - Le choix de se référer spontanément à la Charte de l'Union témoigne également de la propension de la Cour constitutionnelle italienne à s'appuyer sur plusieurs textes de protection des droits pour interpréter les principes constitutionnels de façon dynamique, à la lumière d'un nouvel espace européen de la protection des droits.

Marquant est en ce sens l'arrêt n°182 de 2008, rédigé par Sabino Cassese qui, en tant que membre d'une doctrine engagée dans la promotion de la reconnaissance d'une protection globale des droits fondamentaux⁵³⁷, conçoit, en tant que juge, la notion pionnière de « patrimoine constitutionnel commun », en relation à la procédure administrative. Les paramètres du contrôle de constitutionnalité sont alors les « principes qui inspirent la réglementation du patrimoine constitutionnel commun relatif à la procédure administrative (...), issus des obligations internationales, de l'ordre communautaire et de la législation nationale (art. 6 Conv. EDH, art. 47 de la Charte UE, la loi italienne n°241 du 7 août 1990) »⁵³⁸.

La Cour constitutionnelle admet donc que l'interprétation conforme ne peut plus se réduire au seul cadre national, mais doit intégrer les textes supranationaux ayant fait l'objet de l'adhésion italienne. Est alors esquissée l'idée – qui sera reprise plus tard – de l'existence d'un système pluriel de protection des droits, au sein duquel les sources se trouvent dans un rapport horizontal, non hiérarchisé. Seule compte la substance des droits protégés. En l'espèce, la forme des sources de protection est tellement sans importance que la Charte, dépourvue de toute valeur juridique, contribue, de même qu'une loi nationale, la Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution, à bâtir le « patrimoine constitutionnel commun ».

⁵³⁴ Arrêt n°135/2002. Il s'agit du premier arrêt qui cite expressément la Charte UE.

⁵³⁵ R. Nevola, « La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale », STU 302, juin 2017, p. 18, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_302_Carta_UE_DEF.pdf

⁵³⁶ V. aussi, Cour const. arrêts n°190/2006 ; 349/2007 ; 251/2008 ; 438/2008.

⁵³⁷ V. S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009 ; *Id.*, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009.

⁵³⁸ §3, *in diritto*.

B. Le tournant « substantiel » dans la réglementation des rapports avec la Convention européenne des droits de l'homme

Les arrêts jumeaux de 2007 se caractérisaient par une approche formelle et dualiste, fondée sur une organisation hiérarchisée et distincte des systèmes interne et conventionnel. La préoccupation principale de la Cour était en effet celle de rejeter toute assimilation entre le droit de l'Union et le droit conventionnel. En ce sens, la théorie des sources du droit représentait un allié important pour argumenter de façon persuasive les raisons du différent degré d'intégration des deux ordres supranationaux⁵³⁹.

Au sein de la Cour, la diversité des approches pré-annonçait, toutefois, le changement à venir. Sabino Cassese dans son *Journal* note que si les arrêts jumeaux de 2007 ont été approuvés à une très large majorité, « la reconnaissance de la supériorité de la Constitution italienne n'est qu'un placebo à destination » de ceux qui craignent des cessions de souveraineté excessives⁵⁴⁰. Et, un peu plus loin, il s'inquiète quant à la réception de la jurisprudence italienne au sein de la Cour de Strasbourg, en se demandant si « peut-être elle (la Cour EDH) est moins satisfaite de ce que je croyais des deux arrêts de la Cour (constitutionnelle) », puisqu'elle aurait préféré l'alignement de l'organisation des rapports avec la CEDH sur celle des rapports avec les Traités européens⁵⁴¹.

Il n'est donc pas très étonnant qu'en 2009, après avoir constatée l'acceptation généralisée de la jurisprudence de 2007 par les juges ordinaires⁵⁴², la Cour constitutionnelle revienne sur les rapports entre l'ordre italien et le système de la Convention EDH et nuance la rigueur de l'approche formelle par une perspective axiologique et substantielle, fondée sur la théorie de l'interprétation. En ce sens, les deux arrêts « jumeaux » adoptés en 2009⁵⁴³ - et rédigés par les mêmes juges que ceux des arrêts jumeaux de 2007 - composent un équilibre raffiné entre intégration (1) et séparation (2) des systèmes de protection des droits.

1. L'intégration des systèmes

La Cour constitutionnelle fournit, tout d'abord, des indications sur la méthode interprétative à adopter et sur le résultat auquel cette méthode doit tendre. Trois concepts clés synthétisent cet acquis jurisprudentiel : l'« interpénétration » (*compenetrazione*) ; les « interrelations normatives entre les différents niveaux de garantie » (*interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie*) ; et la « maximisation des garanties » (*la massima espansione delle garanzie*)⁵⁴⁴.

Les paramètres du contrôle de constitutionnalité sont désormais pluriels et ils incluent, tout à la fois, les normes constitutionnelles et les normes conventionnelles via l'article 117, 1^{er} alinéa. C'est en ce sens qu'en l'espèce, l'exercice du droit de défense dans le cadre d'un procès doit être apprécié à la lumière de la protection offerte par l'ensemble de ces normes, qui « s'interpénètrent ».

⁵³⁹ O. Pollicino, « Constitutional Court at cross road between constitutional parochialism and cooperative constitutionalism », *European Constitutional Law Review*, 2008, p. 463 ss.

⁵⁴⁰ S. Cassese, *Dentro la Corte*, op. cit., p. 77-78.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁴² E. Lamarque, « Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune », https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/lamarque_definitivo_6112009.pdf.

⁵⁴³ Cour const., arrêts n°311 du 26 novembre 2009 et n°317 du 30 novembre 2009.

⁵⁴⁴ Arrêt n°317/2009, §7, in diritto.

Le rang para-constitutionnel de la Conv. EDH - La première conséquence de la référence à cette base normative plurielle est l'élévation de la place de la Convention EDH dans la hiérarchie des normes. En effet, bien que juste après la Cour réaffirme la valeur supra-législative, mais infra-constitutionnelle des normes conventionnelles, plus loin elle ne peut que constater que « lorsqu'elle complète l'article 117 § 1 de la Constitution, une disposition de la CEDH reçoit de celle-ci le même statut dans la hiérarchie des normes, avec toutes les implications que cela suppose en termes d'interprétation et de mise en balance (...) »⁵⁴⁵. La Convention acquiert donc un rang « para-constitutionnel »⁵⁴⁶.

Un rang qui se justifie aussi à la lumière du critère interprétatif adopté par la Cour, celui de chercher à maximiser les garanties des droits fondamentaux.

Une protection « bidirectionnelle » - Dans les arrêts de 2007, en adoptant une logique d'opposition entre les normes des systèmes interne et conventionnel⁵⁴⁷, le juge constitutionnel s'était seulement préoccupé d'exclure que le droit conventionnel puisse introduire en droit interne une diminution dans la garantie des droits fondamentaux. Il avait alors précisé que toute la Constitution faisait barrage à un droit externe, moins protecteur. En 2009, la *Consulta* se concentre plutôt sur le contenu des normes et le critère de la protection la plus intense des droits peut alors devenir « bidirectionnel »⁵⁴⁸ : le droit conventionnel est certainement récessif par rapport à un droit national qui assure une protection plus élevée d'un droit fondamental ; mais, à l'inverse, une norme nationale peut désormais être annulée, même si *in abstracto* elle est conforme à la Constitution, lorsqu'une norme conventionnelle assure un niveau plus élevé de protection des droits⁵⁴⁹. Cela confirme d'ailleurs le rang matériellement constitutionnel de la Convention, qui prime par la force axiologique de son contenu.

La massima espansione delle garanzie - La Cour constitutionnelle explicite ensuite le concept de « massima espansione delle garanzie » - « maximisation de la protection des droits »⁵⁵⁰ - en mettant en avant celui qu'elle considère comme un trait caractérisant son activité interprétative : la protection des droits doit être « systémique et non fragmentée ». En d'autres termes, dans l'opération de mise en balance entre les droits, le juge doit prendre en compte le système dans son ensemble et veiller à ce que les équilibres entre tous les droits soient préservés. Mais bien que ce passage constitue une avancée vers une protection des droits exercée à partir d'un système non plus seulement national, mais pluriel et européen⁵⁵¹, les développements ultérieurs de la jurisprudence constitutionnelle révèlent également l'acceptation potentiellement dualiste de ce principe.

⁵⁴⁵ §7.

⁵⁴⁶ Selon l'expression utilisée par Antonio Ruggeri in « Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU », *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 5.

⁵⁴⁷ En ce sens, *Ibid.*, p. 4.

⁵⁴⁸ O. Pollicino, « Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento « bidirezionale »: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale? », *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 décembre 2009, p. 5.

⁵⁴⁹ §7.

⁵⁵⁰ La Cour reprend l'expression utilisée par Paolo Barile in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 41 : « massima espansione delle libertà costituzionali » - « maximisation des libertés constitutionnelles ». Sur ce concept v. *infra*.

⁵⁵¹ En ce sens, A. Ruggeri, « Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU », *cit.*, p. 6.

2. La séparation des systèmes

À travers l'énonciation du critère de la maximisation des garanties, la *Consulta* met en exergue la différence insurmontable - puisque consubstantielle à la nature différente des deux juridictions - entre le rôle de la Cour de Strasbourg et le rôle de la Cour constitutionnelle. La Cour EDH statue « sur une affaire individuelle et sur un droit fondamental individuel ». En revanche, le rôle du législateur, mais aussi celui de la Cour constitutionnelle, consiste à protéger les droits fondamentaux de manière coordonnée et systémique, et donc à empêcher que la protection de certains droits fondamentaux « ne se développe de manière déséquilibrée au détriment d'autres droits également protégés par la Constitution et par la Convention européenne »⁵⁵².

Les arrêts de la Cour strasbourgeoise seraient alors « atomistes »⁵⁵³, puisqu'ils dépendent dans une très large mesure du contexte et des circonstances de l'affaire. En revanche, les arrêts de la Cour constitutionnelle seraient « systémiques », en ce qu'ils apprécieraient la protection des droits dans son ensemble, au sein de l'ordre juridique national intégré par l'ordre conventionnel.

Le juge constitutionnel arbitre des effets du droit CEDH - Ce constat, qui, à vrai dire, n'est pas contesté par les juges de Strasbourg⁵⁵⁴, entraîne des conséquences qui vont plus dans le sens de la séparation des systèmes, que dans celui de l'intégration. En effet, afin de garantir cet équilibre systémique, la *Consulta* confirme et même renforce son rôle d'arbitre ultime de la force exécutoire des arrêts de la Cour EDH dans l'ordre juridique italien. C'est la Cour constitutionnelle qui, une fois opéré son contrôle, décide si la norme conventionnelle assure une protection moindre, en s'accordant le droit, dans ce cas, soit d'opposer les contre-limites, soit de faire prévaloir la norme interne en vertu de la marge nationale d'appréciation⁵⁵⁵.

La marge d'appréciation - C'est là que, de façon très habile, la Cour constitutionnelle recourt à un instrument technique tiré de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la « marge d'appréciation », et elle l'utilise pour moduler l'effet juridique des arrêts de la Cour. Par ce biais, la Cour constitutionnelle - tout comme le législateur et les juges ordinaires - évalue « comment et dans quelle mesure la norme issue de l'interprétation de la Cour européenne s'insère dans l'ordre constitutionnel italien »⁵⁵⁶. Si nécessaire, la Cour constitutionnelle s'arroge le droit de renouveler l'exercice de mise en balance des droits effectué par la Cour de Strasbourg à la lumière, cette fois, des intérêts objectifs prévalant dans l'ordre constitutionnel italien. Ce qui met irrémédiablement à mal l'effet obligatoire des arrêts de la Cour, au nom d'une prétendue spécificité italienne⁵⁵⁷.

⁵⁵² Arrêt n°311/2009, par. 7 du *cons. in dir.*

⁵⁵³ Arrêt n°236/2011. En ce sens, v. M. Cartabia, «La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona», https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_santiago2014.pdf, p. 14 et p. 18.

⁵⁵⁴ V. opinion séparée de Paulo Pinto de Albuquerque à l'arrêt CEDH, *GIEM c. Italie cit.*, p. 91-92.

⁵⁵⁵ Arrêt n°311/2009, §7. Pour une application v. arrêt n°264/2012.

⁵⁵⁶ Cour const., arrêt n°311/2009, §7.

⁵⁵⁷ Sur le recours à la doctrine de la marge d'appréciation par la Cour constitutionnelle, v. M. Cartabia, «La tutela multilivello dei diritti fondamentali», *cit.*, p. 20, qui justifie son utilisation « lorsqu'un consensus n'est pas encore consolidé » ; V. Sciarabba, « La dottrina del margine di apprezzamento e i rapporti con le corti nazionali », in O. Pollicino et V. Sciarabba, « La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale », *Forum costituzionale.it*, 2010 ; F. Bilancia, « Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di

Or, il est vrai qu'en droit conventionnel la marge d'appréciation confère aux États un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des limitations aux droits protégés par la Convention. Elle « marque » ainsi « le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire »⁵⁵⁸. La marge d'appréciation est en effet l'expression du principe conventionnel de subsidiarité⁵⁵⁹ et témoigne de l'attachement de l'ordre conventionnel au principe du pluralisme, c'est-à-dire à l'idée non seulement de la tolérance de la diversité européenne, mais aussi à l'idée de sa mise en valeur. Le juge strasbourgeois lui-même a reconnu que les autorités nationales connaissent mieux les circonstances et les conditions locales d'application de la Convention et sont donc « mieux placés que le juge international pour se prononcer » sur le contenu des exigences de l'ordre public et sur la nécessité d'une restriction d'une liberté⁵⁶⁰.

Dès lors, la Cour constitutionnelle italienne ne se trompe pas lorsqu'elle invoque la marge d'appréciation pour fonder son droit d'adapter le droit conventionnel au contexte italien. Toutefois, cette harmonie est brisée lorsque la Cour constitutionnelle revendique sa maîtrise de la marge d'appréciation, alors que la Cour EDH affirme sa propre compétence à en contrôler l'étendue⁵⁶¹. Que faire si la marge d'appréciation que la Cour constitutionnelle s'octroie ne coïncide pas avec celle que la Cour européenne entend lui accorder ?

L'évocation du concept de « jurisprudence consolidée » - Par ailleurs, le rôle que la *Consulta* s'attribue dans la définition de l'autorité de la jurisprudence strasbourgeoise va encore plus loin. Notamment, elle limite l'autorité interprétative de la Cour de Strasbourg à la « substance » de sa jurisprudence « consolidée » (*consolidatas*)⁵⁶². Peu commentée en 2009, cette affirmation sera reprise et développée dans l'arrêt n°49 de 2015⁵⁶³. Voici semées les graines de la discorde entre les deux Cours, qui ne manquent pas d'éclater par la suite.

Chapitre 3. Les prémisses du pluralisme constitutionnel

Au tournant de la deuxième décennie du XXI^e siècle, de nouvelles réformes juridiques européennes et de nouvelles évolutions politiques en Italie conduisent les juges italiens à de nouvelles concessions en faveur de l'intégration du droit de l'Union et du droit conventionnel.

Le facteur européen - Notamment, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, contribue à changer, en partie, les équilibres fragiles que la Cour constitutionnelle avait construit en matière de protection multi-niveaux des droits fondamentaux. C'est notamment l'article 6 TUE qui introduit deux nouveautés importantes : le premier paragraphe attribue à la Charte des droits fondamentaux de l'UE la valeur de droit primaire ; le deuxième paragraphe prévoit l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. En réunissant au sein d'un même

garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il 'margine di apprezzamento' statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali », *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 4772.

⁵⁵⁸ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁵⁹ V. CEDH, Gr. Ch., arrêt *Austin c./RU*, 15 mars 2012, *JCP G*, 2012, act. 455, F. Sudre.

⁵⁶⁰ CEDH, *Handyside c. RU*, 7 déc. 1976, §48.

⁵⁶¹ La Cour EDH affirme en effet que « la marge nationale d'appréciation va de pair avec un contrôle européen », *Ibid.*, §49.

⁵⁶² Arrêt n°311/2009, §6, cons. *in diritto*.

⁵⁶³ V. Partie I et *infra*.

article deux prévisions qui pendant longtemps étaient apparues comme concurrentes et alternatives, le Traité de Lisbonne fait de la protection des droits l'un des aspects phares de l'intégration européenne.

L'on observe alors un processus de constitutionnalisation matérielle du droit de l'Union ainsi que du rôle de la Cour de justice de l'Union. Grâce à la reconnaissance de la valeur juridique de la Charte, la matière constitutionnelle pénètre au sein des Traités⁵⁶⁴. Par conséquent, la Cour de justice devient un *human rights adjudicator*⁵⁶⁵ : elle n'est plus seulement le juge de l'intégration, mais aussi le juge constitutionnel de l'Union.

L'arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*⁵⁶⁶, illustre bien cette transformation. À la demande de la Cour suprême irlandaise et de la Cour constitutionnelle autrichienne, qui l'ont saisie d'un renvoi préjudiciel en validité, la Cour de justice a annulé la directive 2006/24 pour violation du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données personnelles, protégés par les articles 7 et 8 de la Charte UE. Si, jusque-là, la protection des droits assurée par l'Union avait produit des effets surtout par rapport aux actes des États membres, par cette décision la Cour de justice montre que les effets de la Charte se déploient également dans le contrôle des actes de l'Union. L'interrelation entre les cours peut conduire alors à l'annulation d'un acte européen attentatoire aux droits, témoignant de l'existence d'un nouveau contexte constitutionnel européen, au sein duquel la Charte UE et la Cour de justice acquièrent une place incontournable⁵⁶⁷.

Les répercussions sur la jurisprudence ordinaire - Ces transformations normatives au sein de l'Union conduisent les juges ordinaires à changer leurs pratiques. Tout d'abord, 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 italiens préfèrent soit écarter directement la norme nationale, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, soit saisir la CJUE d'une question préjudicielle, plutôt que de déclencher le contrôle de constitutionnalité⁵⁶⁸. Par ce biais, les juges pallient plus rapidement les violations des droits et renforcent davantage leur rôle dans la protection des droits fondamentaux. Ce phénomène est accru par la tendance de la jurisprudence ordinaire à interpréter de façon très généreuse le domaine d'application de la Charte, en allant même au-delà des limites imposées par l'art. 51⁵⁶⁹.

En second lieu, certains juges ordinaires italiens ont considéré que la prévision de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH, contenue à l'article 6§2 TUE, pouvait enfin fonder en droit l'assimilation du droit de la Convention au droit de l'Union et, par conséquent, l'application directe du droit conventionnel, lorsque des normes nationales sont considérées comme non conformes⁵⁷⁰.

Les deux pratiques des juges ordinaires finissent incontestablement par marginaliser la Constitution et son gardien dans la protection des droits⁵⁷¹.

⁵⁶⁴ A. Barbera, « La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia », *Rivista AIC*, n°4/2017, <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/augusto-barbera/la-carta-dei-diritti-per-un-dialogo-fra-la-corte-italiana-e-la-corte-di-giustizia> et M. Cartabia, « Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *cit.*, p. 15.

⁵⁶⁵ M. Cartabia, « La tutela multilivello dei diritti fondamentali », *cit.*, p. 2.

⁵⁶⁶ Aff. C-293/12 et C-594/12.

⁵⁶⁷ En ce sens, M. Cartabia, « La tutela multilivello dei diritti fondamentali », *cit.*, p. 3.

⁵⁶⁸ A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 4.

⁵⁶⁹ V. *infra*.

⁵⁷⁰ En d'autres termes, les juges ordinaires appliquent la jurisprudence *Granital* de la Cour constitutionnelle (arrêt n°170/1984, *cit.*) en lieu et place des arrêts jumeaux de 2007.

⁵⁷¹ A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 7.

La Cour constitutionnelle réagit alors de façon vigoureuse.

L'audace retrouvée du juge constitutionnel - À partir de 2011, elle retrouve en effet l'audace qu'elle avait perdue, en partie, au cours de la décennie du « bipolarisme conflictuel » et elle revendique à nouveau son rôle de protagoniste principale dans la protection des droits.

La nouvelle expansion de la jurisprudence constitutionnelle s'explique par plusieurs facteurs, tant politiques que sociologiques.

Tout d'abord, 2011 marque la fin de la bipolarisation politique et le retour, en 2013 et en 2018, à la formation de gouvernements de coalition. L'absence de lien direct entre le gouvernement et le vote des citoyens approfondit la crise de légitimité des pouvoirs de direction politique, au profit des pouvoirs de garantie, notamment le Président de la République et la Cour constitutionnelle.

En outre, la grave crise économique qui frappe l'ensemble des pays en cette période pousse les organes exécutif et législatif à se concentrer davantage sur les problèmes économiques et financiers au détriment des droits civils et sociaux⁵⁷². Les juges sont appelés à pallier, encore une fois, les failles d'un législateur absent.

Il existe ensuite un facteur « humain ». Dans cette phase, la porosité entre la doctrine et la Cour est particulièrement évidente et montre à quel point les membres de la doctrine qui accèdent à la *Consulta* arrivent à marquer la jurisprudence de leur approche théorique⁵⁷³. Ainsi, la nomination de certains professeurs à la fonction de juge constitutionnel – et notamment Sabino Cassese (2005-2014), Giuseppe Tesauro (2005-2014), Marta Cartabia (2011-2020), Augusto Barbera (nommé en 2015) et Francesco Viganò (nommé en 2018) - a orienté la jurisprudence constitutionnelle vers des élaborations doctrinales favorables, d'une part, à la ré-concentration du contrôle constitutionnel en matière de droits fondamentaux et, d'autre part, à la participation active de la Cour à la construction d'un droit européen de protection des droits fondamentaux⁵⁷⁴.

Entre 2011 et 2015, en ce qui concerne les rapports avec le droit de l'Union, les bases juridiques sont posées pour permettre à la Cour constitutionnelle de se réapproprier un rôle central en matière de protection des droits (1). Au regard du droit conventionnel, la jurisprudence constitutionnelle est moins cohérente, puisque tiraillée entre la tendance séparatiste et celle intégrative. Toutefois, des avancées très importantes dans la reconnaissance de l'application directe du droit et de la jurisprudence conventionnels en droit interne sont réalisées. Elles marquent le dépassement net de la logique dualiste (2). Au regard des deux ordres, les prémisses sont alors posées pour l'affirmation d'une nouvelle conception des rapports entre les systèmes, inspirée de la théorie du pluralisme constitutionnel.

A. La réaffirmation de la centralité de la Cour constitutionnelle au sein de l'ordre de l'UE

Dans cette période, la Cour constitutionnelle accepte de saisir la Cour de justice dans le cadre d'un contrôle incident (a) et freine le recours à la Charte UE par les juges ordinaires à travers une interprétation rigoureuse de l'article 51 de la Charte (b).

⁵⁷² En ce sens, S. Cassese, « La giustizia costituzionale in Italia » in *Id., Dentro la Corte, op. cit.*, p. 301.

⁵⁷³ M. Nistico, « I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina giuridica in Italia », *cit.*, p. 157 ss.

⁵⁷⁴ V. en ce sens, D. Tega, *La Corte nel contesto, op. cit.*

1. La saisine de la Cour de justice dans le cadre d'un contrôle incident

En 2013, la Cour constitutionnelle décide de saisir la CJUE d'une question préjudicielle dans le cadre d'un contrôle incident⁵⁷⁵.

L'*ordinanza* de saisine ne donne aucune indication sur les raisons qui ont produit le revirement jurisprudentiel. Le juge constitutionnel se limite à observer qu'il faut « considérer que la Cour est dotée de la nature de juridiction nationale en vertu de l'art. 267, 3^e al., du TFUE *aussi* dans les jugements par voie incidente »⁵⁷⁶.

Il est toutefois significatif qu'à la différence de ce qui avait été précisé dans les ordonnances n°536/1995 et n°103/2008⁵⁷⁷, ici la Cour constitutionnelle ne fait aucune référence ni à son rôle au sein de l'ordre juridique italien, ni à la spécificité de ses fonctions. Se conformant à la volonté de la Cour de justice⁵⁷⁸, le juge constitutionnel affirme son caractère d'autorité juridictionnelle sur la base des critères définis par la jurisprudence européenne⁵⁷⁹.

Un tel changement avait déjà été annoncé dans des décisions précédentes, dont la formulation permettait de déduire qu'en cas de conflit entre une norme interne et une norme européenne non dotée de l'effet direct, la Cour constitutionnelle s'octroyait le droit de saisir, si nécessaire, la Cour de justice de l'Union⁵⁸⁰.

Toutefois, ce qui, en 2013, a déterminé la Cour constitutionnelle italienne, ainsi que d'autres consœurs européennes⁵⁸¹, à franchir le pas est sans doute le rapprochement entre les objets de son contrôle et ceux de la Cour de justice⁵⁸².

Par la saisine du juge européen, le juge constitutionnel redessine son rôle à l'intérieur des mécanismes de raccord entre les ordres nationaux et européen. L'objectif est celui de contribuer à

⁵⁷⁵ Cour const. it., *ordinanza* n°207/2013.

⁵⁷⁶ L'italique est de l'auteur.

⁵⁷⁷ V. *supra*.

⁵⁷⁸ CJCE, arrêt du 30 juin 1966, *Vaasen/Goebbels*, aff. 61/65.

⁵⁷⁹ La doctrine avait depuis longtemps souhaité que la Cour constitutionnelle se remette à la jurisprudence de la Cour de justice pour déterminer sa nature de juge européen de droit commun. V. T. Groppi, « La Corte Costituzionale italiana come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE », in P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi (dir. par), *Giudici e Giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1997.

⁵⁸⁰ Cour const., ord. n°102/2008 ; arrêt n°28/2010. V. B. Guastafarro, « La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013 », *Forum di Quaderni Costituzionali*, p. 5.

⁵⁸¹ C'est le cas, en Allemagne : BVerfG, ordonnances 17 déc. 2013 et 14 jan. 2014, 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvR 1824/12; 2 BvE 6/12 ; Danemark : déc. 22 septembre 2014, *Dansk Industri*, <http://www.supremecourt.dk/>; Espagne : Tribunal Constitucional, auto 86/2011, <http://www.tribunalconstitucional.es/>; France : Conseil Constitutionnel, déc. n° 2013-314P QPC 4 avril 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-314p-qpc/decision-n-2013-314p-qpc-du-04-avril-2013.136588.html> ; Slovénie: Ustavno sodišče, Order rs.si/aktualno/novice/sklep-ustavnega-sodisca-st-u-i-29513-z-dne-6-11-2014/ ; Konstytucyjny, déc. K U-I-295/13), Pologne : http://otk.trybunal.gov.pl/OTK/otk_odp.asp?droga=%28otk_odp%29&sygnatura=K%2061/13.

Pour une analyse comparative des renvois espagnol, allemand, français et italien v. : R. Romboli, « Corte di giustizia e giudici nazionali : il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo », *Rivista AIC*, n°3/2014, p. 17-29.

⁵⁸² F. Sorrentino, « Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive », in *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano* mai 2006, www.cortecostituzionale.it; L. Uccello Barretta, « La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale (nota a Corte cost. ord. n. 207/2013) », *Osservatorio AIC*, p. 4-5 ; G. Repetto, « Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court », *cit*.

la formation de la jurisprudence européenne en matière de droits fondamentaux, en établissant un dialogue direct avec la Cour de justice⁵⁸³.

S'exprime, encore une fois, explicitement en ce sens l'un des juges de la Cour constitutionnelle, Sabino Cassese, qui voit dans le renvoi préjudiciel de la Cour un moyen de « ne pas exclure la Cour italienne du dialogue entre les juges » et de « reconnaître expressément la valeur constitutionnelle du droit communautaire »⁵⁸⁴.

Il est significatif en effet que dans le cadre de ce premier renvoi, la Cour constitutionnelle interprète la question préjudicielle comme une occasion pour préciser le contexte juridique italien en la matière et pour proposer une sorte de réflexion commune sur le conflit juridique intéressant les ordres italien et européen⁵⁸⁵.

Un élément ultérieur a poussé la Cour à sortir de son isolement⁵⁸⁶. La Cour de justice de l'Union, en 2003, a inclus parmi les cas de violation manifeste du droit de l'Union, le non respect de l'obligation existante à la charge des juridictions de dernière instance d'avoir recours au renvoi préjudiciel en cas de doute sur l'interprétation du droit européen⁵⁸⁷. L'incompatibilité de la réglementation italienne sur la responsabilité civiles des magistrats (l. n. 117/ 1988) avec la jurisprudence européenne *Koebler*⁵⁸⁸ a donné lieu à un recours en manquement présenté par la Commission européenne contre l'Italie, à la suite duquel l'Italie a été condamnée en 2011 par la troisième section de la Cour de justice⁵⁸⁹. La saisine de la Cour de justice par la Cour constitutionnelle témoigne ainsi de la double volonté du juge constitutionnel de collaborer avec le juge européen et d'éviter que la responsabilité extracontractuelle de l'État italien ne soit invoquée pour réparer les dommages individuels dérivant d'une violation manifeste du droit de l'Union⁵⁹⁰.

2. La délimitation de l'application de la Charte UE en droit interne

L'attribution à la Charte UE de la valeur juridique a conduit la Cour constitutionnelle à conférer une toute autre importance à l'article 51§1 de la Charte qui, établissant son champ d'application, affirme que celle-ci s'adresse aux États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Or, tant que la Charte n'avait qu'une valeur déclarative, les juges ordinaires et la Cour constitutionnelle y faisaient référence indépendamment de toute appréciation sur le domaine de

⁵⁸³ Comme préconisé par : M. Cartabia et A. Celotto, « La Giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza », *Giur. cost.*, 2002, p. 4477 ss.; M. Cartabia, « La Corte Costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea », in N. Zanon (dir. par) *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 99 – 128.

⁵⁸⁴ S. Cassese, *Dentro la Corte*, *op. cit.*, p. 87-88.

⁵⁸⁵ La question préjudicielle concerne l'interprétation de l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à temps déterminé (Annexe à la directive 28 juin 1999, n°1999/70/CE du Conseil).

⁵⁸⁶ En ce sens, L. Uccello Barretta, « La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale (nota a Corte cost. ord. n. 207/2013) », *cit.* ; M. Cartabia, « La Corte Costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea », *cit.*

⁵⁸⁷ Arrêt 30 septembre 2003, *Koebler*, C-224/01,

⁵⁸⁸ Arrêt du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03.

⁵⁸⁹ CJUE, 3^{ème} chbre, 24 novembre 2011, *Commission européenne contre République italienne*, Aff. C-379/10.

⁵⁹⁰ Il est à noter que la Cour de cassation italienne s'était penchée sur la même question, relative aux emplois à temps déterminé dans le système scolaire, et avait décidé de ne pas saisir la Cour de justice UE en considérant qu'il n'y avait aucun doute sur l'interprétation de l'Accord cadre. Cour cass., section travail, déc. n°10127 du 20 juin 2012.

compétence de l'Union en l'espèce. Elle était un instrument venant en renfort de la Constitution, sans la concurrencer⁵⁹¹.

Lorsque la Charte devient partie intégrante du droit primaire de l'Union, les juges ordinaires renforcent d'autant plus cette pratique : les normes de la Charte deviennent des paramètres généraux pour contrôler la validité des normes nationales, en lieu et place des paramètres constitutionnels nationaux, et cela même dans des domaines qui ne relèvent pas de la compétence du droit de l'Union⁵⁹².

La Cour constitutionnelle est alors intervenue, d'abord par une ordonnance qui, en 2011, refuse au juge *a quo* de fonder sa saisine sur la violation de l'article 47 de la Charte UE au seul motif que celui-ci exprimerait le même principe affirmé par la Constitution, alors qu'il aurait dû s'interroger au préalable « sur la question de l'applicabilité du droit communautaire à l'espèce »⁵⁹³.

La même année, l'arrêt n°80 a explicité avec plus d'arguments que la Charte ne constitue pas un instrument de protection des droits fondamentaux qui s'étend au-delà des compétences de l'Union. En effet, « lors de la modification du Traité, l'on a voulu éviter que l'attribution à la Charte de Nice de la même valeur juridique des traités ait des effets sur la répartition des compétences entre les États membres et les institutions de l'Union »⁵⁹⁴. Pour que la Charte s'applique, il est donc nécessaire que le cas d'espèce soit réglementé par le droit de l'Union, puisqu'il est « inhérent aux actes de l'Union, ou à des actes et à des comportements nationaux qui donnent exécution au droit de l'Union, ou bien il est inhérent aux justifications présentées par un État membre pour une mesure nationale qui, diversement, serait incompatible avec le droit de l'Union ».

Plusieurs arrêts sont intervenus par la suite pour confirmer et réaffirmer la jurisprudence de 2011⁵⁹⁵. Les juges ordinaires, en effet, ont continué de se prévaloir de la Charte de Nice, même dans des domaines étrangers au droit de l'Union, et ce afin d'assurer une protection plus immédiate aux droits fondamentaux ou même afin d'introduire, de façon subreptice, des réformes relevant de la compétence législative. C'est le cas, par exemple, des tribunaux des mineurs qui, afin de protéger l'intérêt des mineurs, ont tenté d'introduire la « *stepchild adoption* » - l'adoption de mineurs de la part de couples homosexuels -, en se fondant sur une interprétation combinée de la Charte et de la Convention EDH, alors que le législateur avait expressément refusé d'adopter une loi en ce sens⁵⁹⁶.

Très significatif est aussi un arrêt de la Cour de cassation, section pénale, de décembre 2016⁵⁹⁷ qui établit que l'article 51 de la Charte UE doit être interprété de façon large, permettant l'application de la Charte dans tous les cas où la législation nationale, bien qu'elle ne mette pas en œuvre le droit de l'Union, a une incidence dans un domaine relevant de la compétence de l'Union

⁵⁹¹ En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle v. supra. Quant à la jurisprudence ordinaire v. notamment Cour d'appel de Rome, 11 avril 2002 ; Cour d'appel de Florence, sect. travail, 9 juin 2007. Les deux cours d'appel attribuent à la Charte la valeur de droit primaire et écartent directement la norme nationale contraire à la Charte, sans se préoccuper de saisir la Cour constitutionnelle. Cité par A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 5.

⁵⁹² M. Cartabia, « La tutela multilivello dei diritti fondamentali », *cit.*, p. 5.

⁵⁹³ Cour const., *ordinanza* n°31/2011.

⁵⁹⁴ Cour const., arrêt n°80/2011.

⁵⁹⁵ V. notamment : arrêts n°111/2012 ; n°210/2013 ; n. 111/2017. V. aussi l'arrêt n°63 de 2016, rédigé par la juge Marta Cartabia qui, auparavant, dans ses écrits doctrinaux, avait souligné à plusieurs reprises l'importance stratégique d'une définition claire des domaines d'application de la Charte (M. Cartabia, « La tutela multilivello dei diritti fondamentali », *cit.* ; *Id.*, « Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *cit.* ; *Id.*, « Articolo 51 », in M. Cartabia, A. Celotto, R. Bifulco (dir. par), *L'Europa dei diritti, op. cit.*).

⁵⁹⁶ Cour cass. it., I sect. civile, n°19962/16 du 26 mai 2016.

⁵⁹⁷ Cour Cass. it., sect. VI, pén., n°54467 du 21 décembre 2016.

ou dans des secteurs réglementés par le droit de l'Union. De plus, selon la Cour suprême, dans le cas spécifique des droits fondamentaux, pour l'application de la Charte, serait suffisant un seul élément de l'espèce pouvant être considéré en lien avec le droit de l'Union, même s'il ne s'agit pas d'un acte d'exécution.

La question des limites du champ d'application de la Charte est alors encore fortement discutée, d'autant plus que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union en la matière⁵⁹⁸ n'est pas non plus stabilisée.

Toutefois, nous nous limiterons ici à observer que la Cour constitutionnelle a adopté une jurisprudence cohérente et consolidée en la matière, en jetant ainsi les bases pour le rétablissement de sa compétence en matière de protection des droits.

B. La plus grande intégration du droit conventionnel en droit interne

La réglementation des rapports avec la Convention EDH ne subit pas de modifications prétorienne radicales : la place de la Convention parmi les sources du droit demeure formellement infra-constitutionnelle – tout en étant matériellement para-constitutionnelle – et elle reste distincte du droit de l'Union (1). Toutefois, des jurisprudences constitutionnelles successives ouvrent, d'une part, à la reconnaissance de la valeur normative de certains arrêts de la Cour EDH (2) et, d'autre part, à un processus de diffusion du contrôle de conventionnalité (3).

Ainsi, si la tendance, en ce qui concerne le droit de l'Union, est celle de la re-centralisation du contrôle, le droit conventionnel connaît une tendance inverse, celle de la diffusion du contrôle. Ces tendances inversées s'expliquent, à notre avis, à la lumière du décalage temporel existant entre les réglementations des rapports avec les deux systèmes. Tout comme le contrôle de conventionnalité du droit de l'Union a connu un processus important de diffusion et connaît désormais des mécanismes de recentralisation élaborés par la Cour constitutionnelle afin de limiter ce phénomène, le même chemin pourrait caractériser à terme les rapports avec le droit conventionnel.

La plus grande intégration du droit supranational passe en effet inévitablement par l'application directe du droit conventionnel par les juges ordinaires. Or, à l'heure actuelle, face aux revendications grandissantes des juges ordinaires en ce sens, la Cour constitutionnelle concède des compétences toujours plus importantes aux juges ordinaires dans l'interprétation et dans l'application du droit conventionnel. Il est fort possible qu'une fois atteint un niveau d'intégration plus important et instituée la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n°16, le juge constitutionnel tente de ré-centraliser le contrôle dans le but, à la fois, de garantir la sécurité juridique et de participer à la construction d'un droit européen commun en matière de droits fondamentaux.

1. Le maintien de la distinction entre l'ordre UE et l'ordre CEDH

En 2010, le Conseil d'État italien⁵⁹⁹, en se référant au nouvel article 6 du Traité sur l'UE,

⁵⁹⁸ Il est aussi à noter que la CJUE elle-même applique l'art. 51 de façon étendue (v. CJUE, *Åkelağaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10).

⁵⁹⁹ CE, Sect. IV, arrêt n°1220 du 2 mars 2010.

donne application directe aux articles 6 et 13 de la Convention EDH, en écartant des dispositions nationales considérées comme non conformes⁶⁰⁰.

Quelques mois après, le Tribunal administratif de la Région Latium⁶⁰¹ va dans le même sens, tout en donnant une motivation plus élaborée. Selon les juges, « l'adhésion de l'UE à la Convention EDH est l'une des nouveautés les plus importantes liées à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ». Pour le Tribunal, les nouvelles formulations de l'art. 6§2 du Traité UE, selon lequel « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », et de l'article 6§3, selon lequel « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux », produisent des « conséquences immédiates » en droit interne. Notamment, le nouvel article 6 transformerait les normes de la Convention EDH en normes de l'UE. Par conséquent, en cas de conflit entre une norme conventionnelle et une norme interne, l'application directe des normes conventionnelles s'imposerait, les normes internes devant tout simplement être écartées en vertu de l'article 11 de la Constitution. Aucun recours à la Cour constitutionnelle ne serait alors nécessaire.

De toute évidence, pour les juges administratifs, le fait que l'Union européenne n'ait pas encore complété la procédure d'adhésion au système de la Convention EDH n'empêche pas de tirer, d'ores et déjà, toutes les conséquences de la volonté exprimée par l'article 6 du Traité UE.

En 2011, la Cour constitutionnelle rappelle à l'ordre les juges administratifs, en affirmant que le nouvel article 6 du Traité UE n'a pas changé la place de la Convention EDH dans la hiérarchie des normes italienne⁶⁰². L'article 6 du Traité, en effet, attribue à la Charte de Nice « la même valeur juridique que les Traités » ; quant à la Convention EDH, la disposition se limite à permettre l'adhésion de l'Union à celle-ci, sans lui attribuer directement la valeur de droit de l'Union. Puisque l'adhésion n'a pas encore eu lieu, la Convention ne peut pas être assimilée au droit de l'UE. En outre, pour la Cour, la référence au paragraphe 3 de l'article 6 pour fonder l'application directe des dispositions conventionnelles est tout aussi inappropriée. Les principes auxquels l'article se réfère « ne concernent que les cas d'espèces dans lesquels le droit de l'UE est applicable ». Ainsi, si un cas d'espèce ne relève pas du domaine de compétence de l'Union, la Convention ne peut pas être appliquée directement ni en tant que telle, ni en tant que principe général de l'ordre européen.

Face à l'opposition de la Cour constitutionnelle, les juges ordinaires adoptent la même stratégie utilisée dans les années 1970 pour donner une application directe au droit communautaire : ils recourent à la Cour de justice de l'Union. Notamment, le Tribunal de Bolzano demande au juge européen si, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, l'article 6 TUE imposerait au juge national d'appliquer directement les dispositions conventionnelles, sans devoir saisir au préalable la *Corte costituzionale*.

La Cour de justice va dans le sens de la *Consulta* en donnant une réponse négative à la question. Pour le juge européen : « L'article 6, paragraphe 3, TUE ne régit pas la relation entre la

⁶⁰⁰ Le Conseil d'État se réfère également à l'article 24 de la Constitution. Les normes en question seraient non seulement non conformes à la Convention, mais également inconstitutionnelles. Malgré cela, le Conseil d'État ne soulève pas une question préjudicielle de constitutionnalité, puisqu'il considère de pouvoir atteindre plus rapidement son but de protection des droits en écartant la norme interne sur le fondement de l'art. 6 du Traité UE.

⁶⁰¹ TAR Latium, Sect. II bis, arrêt n°11984 du 18 mai 2010.

⁶⁰² Cour const., arrêt n°80/2011, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1224 ss.

CEDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national »⁶⁰³. Ainsi, « la référence que fait l'article 6, paragraphe 3, TUE à la CEDH n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-ci »⁶⁰⁴.

L'avis négatif rendu par la Cour de justice de l'UE à propos de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH⁶⁰⁵ semble priver davantage de tout fondement l'argument utilisé par le Conseil d'État italien et le Tribunal administratif du Latium.

2. La reconnaissance de la valeur normative de la jurisprudence strasbourgeoise

Comme nous avons analysé dans les détails dans la première partie de cette étude la jurisprudence constitutionnelle accordant une valeur normative à la jurisprudence de la Cour EDH, nous nous limiterons ici à citer brièvement les arrêts de référence, en mettant en exergue en quoi ils constituent une avancée pour l'intégration conventionnelle et un dépassement important de l'approche dualiste.

La révision du procès pénal - En 2011, la *Consulta* a d'abord introduit une nouvelle hypothèse de révision du procès pénal de la personne considérée comme victime de la violation de la Convention par l'État italien⁶⁰⁶. Cet arrêt fait de la jurisprudence de la Cour EDH un *ius superveniens* qui peut renverser l'autorité absolue de la chose jugée. L'exigence de la protection des droits prime ainsi sur la cohérence formelle de l'ordre juridique et le droit conventionnel reçoit une pleine application⁶⁰⁷.

La jurisprudence CEDH comme un novum législatif - Dans le même esprit, en 2012, la Cour constitutionnelle reconnaît au revirement de jurisprudence de la Cour européenne la valeur d'un *novum* législatif, ce qui, en l'espèce, la conduit à restituer les actes aux juges *a quibus*, pour qu'ils

⁶⁰³ CJUE, Gr. ch., arrêt du 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, pt. 62.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, point 63. En 2013, la CJUE a confirmé sa jurisprudence en la matière dans le cadre d'une question préjudicielle posée par un juge suédois. Dans son arrêt, le juge européen affirme clairement que : « S'agissant, d'abord, des conséquences à tirer, pour le juge national, d'un conflit entre le droit national et la CEDH, il y a lieu de rappeler que si, comme le confirme l'article 6, paragraphe 3, TUE, les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52, paragraphe 3, de la Charte impose de donner aux droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union. Par conséquent, le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la CEDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national » (CJUE, arrêt du 26 février 2013, *Fransson*, C-617/10, point 44).

⁶⁰⁵ CJUE, Ass. pl. 18 déc. 2014, Avis 2/13.

⁶⁰⁶ Cour const., arrêt n°113/2011.

⁶⁰⁷ Parmi les commentaires sur l'arrêt v. : G. Canzio, « Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale », *Rivista AIC*, n°2/2011; R. E. Kostoris, « La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne », *Rivista AIC*, n°2/2011; 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.

examen à nouveau la question à la lumière de la nouvelle décision de la Grande Chambre⁶⁰⁸.

Pour la Cour constitutionnelle, l'attribution de la valeur normative au revirement jurisprudentiel strasbourgeois n'est pas choquante, puisqu'elle « constitue le corollaire logico-juridique de la valeur et de l'efficacité attribuées aux arrêts du juge européen par la Cour [constitutionnelle] dans l'interprétation des normes de la Convention EDH (...) »⁶⁰⁹.

Le rôle de pré-contrôle des juges ordinaires - En outre, par cet arrêt, le juge des lois considère que seuls les juges *a quibus* peuvent vérifier si, à la lumière de la nouvelle exégèse des normes conventionnelles, le conflit entre les normes internes et les normes supranationales perdure. Il reconnaît ainsi le rôle majeur joué par les juges ordinaires dans l'adaptation du droit interne au droit conventionnel *via* l'interprétation conforme, en leur attribuant de ce fait une mission très importante de pré-contrôle de la conventionnalité des normes.

L'extension de la jurisprudence CEDH aux cas analogues - En 2013, la Cour constitutionnelle franchit une nouvelle étape. Le 18 juillet, statuant sur la question préjudicielle de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation relative à la possibilité d'étendre les effets de l'arrêt *Scoppola* de la Cour EDH aux cas analogues⁶¹⁰, les Sages accordent les effets *erga omnes* aux arrêts pilotes, ainsi qu'à tous les arrêts européens qui détectent un problème structurel de l'ordre juridique interne⁶¹¹. Par conséquent, en matière pénale, la Cour EDH, dans certaines situations⁶¹², peut émettre des décisions *in mitior* qui, au-delà du cas d'espèce, peuvent renverser l'autorité absolue de la chose jugée de situations judiciaires analogues, à l'instar de l'adoption de lois pénales plus douces ou de l'abrogation de lois pénales plus sévères ou encore de la déclaration d'inconstitutionnalité de normes pénales plus sévères. Les effets de la jurisprudence européenne sont alors assimilés à ceux d'un *ius superveniens* ainsi qu'aux décisions de constitutionnalité.

3. La tendance à la diffusion du contrôle de conventionnalité

Bien qu'officiellement la Cour constitutionnelle confirme systématiquement le caractère concentré du contrôle de conventionnalité relatif du droit de la CEDH, deux jurisprudences approfondissent le processus de diffusion de ce contrôle.

⁶⁰⁸ Cour EDH, Gr. Ch., arrêt *S.H. et autres contre Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57813/00.

⁶⁰⁹ Cour const., *ordinanza* n°150/2012 du 22 mai 2012. Parmi les commentaires v. : R. Romboli, « Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012 », *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/studi/Romboli2.pdf> ; A. Ruggeri, « La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata » *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri16.pdf> ; G. Repetto, « Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "supervenienti": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, pp. 2069 ss.

⁶¹⁰ Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*

⁶¹¹ Cour const., arrêt n°210/2013.

⁶¹² La Cour précise que les effets *erga omnes* peuvent être attribués seulement 1) si l'arrêt européen détecte un problème structurel, c'est-à-dire un problème concernant une multitude d'individus se trouvant dans une situation analogue ; 2) si la violation concerne le contenu de la norme et non pas la procédure d'application ; 3) si l'application de l'arrêt européen ne conduit pas à la réouverture du procès, mais comporte tout simplement une intervention de la part du juge de l'application des peines. Pour un commentaire sur l'arrêt n°210/2013, nous nous permettons de renvoyer à N. PERLO, « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *cit.*

Notamment, l'*ordinanza* n°223 du 18 juillet 2014 reconnaît un espace d'action nouveau aux juges ordinaires. À la différence de ce qui avait été prévu par la jurisprudence constitutionnelle de 2009, la Cour prévoit que les juges ordinaires peuvent résoudre directement les antinomies entre une norme interne plus protectrice et une norme conventionnelle, en écartant cette dernière, sans besoin d'interpeller le juge constitutionnel⁶¹³.

Un an après, l'arrêt n°49 de 2015 relatif à l'affaire *Varvara* amplifie cette tendance. L'arrêt prévoit que lorsqu'un juge ordinaire constate qu'une décision de la Cour EDH, concernant une autre affaire que celui sur lequel il doit statuer, ne constitue pas une jurisprudence « consolidée », mais qu'elle est plutôt « isolée », il a la faculté – mais non l'obligation – de tenter une interprétation conventionnellement conforme. S'il ne souhaite pas se conformer au droit conventionnel ou bien si l'interprétation conforme n'est pas possible, il doit se référer exclusivement à la Constitution, en ignorant la jurisprudence européenne⁶¹⁴. La Cour constitutionnelle ne doit donc plus être investie d'une question préjudicielle de constitutionnalité lorsqu'il ne s'agit pas d'apprécier la conventionnalité d'une jurisprudence européenne *consolidata*.

Transition - L'ensemble de ces réactions jurisprudentielles peut faire l'objet de lectures différentes. Certains peuvent les regarder comme globalement issues de la volonté de la Cour constitutionnelle de délimiter de façon nette les frontières entre le droit national, le droit de l'Union et le droit de la Convention EDH, afin de rétablir un ordre dans les critères, permettant d'identifier le juge et le texte de référence devant intervenir en premier (et parfois dernier) ressort en matière de protection des droits fondamentaux.

Or, selon nous, s'il est certain que face aux sollicitations des juges ordinaires la Cour constitutionnelle essaie de préserver la cohérence du système, la sécurité juridique, ainsi que la tradition du contrôle concentré caractérisant l'ordre italien, son attitude ne saurait plus être inspirée de la doctrine dualiste. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle entre 2011 et 2020 nous restitue un cadre certes complexe, caractérisé par des tendances parfois différentes et même divergentes, mais qui dessine un certain mouvement : la Cour constitutionnelle veut récupérer sa centralité afin de s'affirmer en tant qu'acteur *européen* et non plus seulement national de la protection des droits fondamentaux. La logique qui guidait les jurisprudences *Granital*, ou bien les arrêts jumeaux de 2007 et de 2009, s'est progressivement transformée : la Cour veut garder la main sur le contrôle de conventionnalité non dans le but exclusif de faire primer la Constitution sur les ordres européens, mais afin de contribuer à harmoniser les principes des différentes chartes, assurer la protection la plus élevée des droits, tout en dialoguant, s'il est nécessaire pour ce faire, avec les cours européennes *via* le renvoi préjudiciel et, à terme, la procédure de l'avis consultatif instituée par le Protocole n°16.

Cette vision nouvelle des rapports entre les systèmes est issue fondamentalement de la théorie du pluralisme constitutionnel, courant de pensée « dé-nationalisé »⁶¹⁵, qui a mûri au sein de

⁶¹³ En ce sens, A. Ruggeri, « Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014 », *cit.*

⁶¹⁴ Arrêt n°49/2015, §7.

⁶¹⁵ Le définit ainsi Marie-Claire Ponthoreau en raison du caractère européen voire international de l'Institut. M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 349.

l'Institut universitaire européen situé à Florence, et dont l'ancien juge et présidente de la Cour Marta Cartabia est une illustre représentante⁶¹⁶.

Titre II – Penser au-delà de l'ordre juridique d'appartenance : le pluralisme constitutionnel

Issue d'une réflexion sur les transformations induites par le Traité de Maastricht, la théorie du pluralisme constitutionnel a eu, à l'origine, comme référence principale, l'ordre juridique de l'UE⁶¹⁷. Elle est fondée sur deux idées fortes : la première est celle de dépasser le concept traditionnel – ou westphalien – d'État pour saisir la construction européenne avec des catégories nouvelles, des notions constitutionnelles capables à la fois d'expliquer et de « faire » l'intégration européenne⁶¹⁸. La seconde idée prône la construction d'une Union à l'aide et dans le respect des valeurs nationales. Miguel Poiares Maduro parle en ce sens d'une « harmonie contrapuntique » : le tout qui est l'Europe ne doit pas phagocytter ses parties, mais au contraire il doit valoriser la diversité qui leur est propre, en « écoutant simultanément plusieurs pistes sonores »⁶¹⁹. Dans un sens quelque peu différent⁶²⁰, Ingolf Pernice propose l'image des « couches constitutionnelles » pour expliquer sa vision d'un système constitutionnel unique, composé, toutefois, par plusieurs strates, donnant vie à « un pluralisme interne »⁶²¹.

Pour la réalisation de ces deux idées, la théorie du pluralisme constitutionnel accorde une place centrale aux juges et à leurs échanges.

Ainsi, en 1999, lors du colloque annuel de l'Association italienne des constitutionnalistes, Joseph H. H. Weiler, ancien professeur et ancien président de l'Institut universitaire européen de Florence⁶²², énonçait de façon concrète les moyens et les objectifs de cette théorie. Il proposait

⁶¹⁶ V. M. Cartabia, « Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling », *German Law Journal*, vol. 16, n°6, 2015, pp. 1791-1796 ; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995.

⁶¹⁷ N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, vol. 65, n°3, 2002, pp. 317-359; M. P. Maduro, « Contrapuntal law: Europe's constitutional pluralism in action », in N. Walker, *Sovereignty in Transition*, Londres, Hart, 2003 ; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006; M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, p. 951; v. le débat réunissant M. Poiares Maduro, M. Kumm, N. Walker, et J. Baquero Cruz, « Four visions of Constitutional Pluralism », *EUI Working Papers*, 2008, n° 21. En français v. aussi: E. Dubout, S. Touze, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in Id. (dir. par), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2009.

⁶¹⁸ En ce sens, v. N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, vol. 65, n°3, 2002, pp. 317-359; Id., « Late Sovereignty in European Union », in Id. (dir. par), *Sovereignty in Transition*, Hart publ. 2003, p. 10 ss.

⁶¹⁹ M. P. Maduro, « Contrapuntal law: Europe's constitutional pluralism in action », in N. Walker, *Sovereignty in Transition*, *cit.*, p. 501. En tant qu'avocat général à la CJUE, Poiares Maduro précise comment concilier l'unité du droit communautaire et la pluralité des conceptions nationales : « Dans un tel contexte, il importe, pour chaque système de protection existant, de veiller, tout en préservant son autonomie, à comprendre comment les autres systèmes interprètent et développent ces mêmes droits fondamentaux afin, non seulement, de minimiser les risques de conflits, mais aussi, de s'engager dans un processus de construction informelle d'un espace européen de protection des droits fondamentaux. L'espace européen ainsi créé sera, en grande partie, le produit des diverses contributions individuelles issues des différents systèmes de protection existants au niveau européen » (aff. C 465/07, spéc. point 22 des conclusions).

⁶²⁰ Ingolf Pernice est plutôt inspiré par le modèle fédéral et analyse l'intégration européenne comme « une forme constitutionnelle » qui dépasse l'État.

⁶²¹ I. Pernice, « Multilevel constitutionalism », *cit.*, p. 703 ss ; I. Pernice, F. C. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, p. 631.

⁶²² De cet auteur, v. aussi Id., *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

notamment que les Cour suprêmes, en saisissant la Cour de justice UE de questions préjudicielles, conçoivent les saisines « non comme des questions, mais comme des propositions de solution, en expliquant dans les détails les raisons pour lesquels ces propositions sont préférables du point de vue de la sensibilité constitutionnelle de la Cour qui opère le renvoi. Cela obligerait aussi la Cour de justice européenne à prendre en compte, à réfléchir sur la proposition et à répondre à cette sensibilité constitutionnelle et, au cas où elle déciderait de s'en éloigner, à justifier son choix »⁶²³.

Le dialogue par le renvoi préjudiciel - L'instrument par excellence du « *constitutional pluralism* » est donc la procédure du renvoi préjudiciel, en ce qu'elle permet de créer des connexions multi-niveaux entre les juges⁶²⁴. En particulier, les questions préjudicielles posées par les cours constitutionnelles à la Cour de justice permettent, selon le juge professeur Cartabia, de concrétiser un « espace d'interdépendance constitutionnel »⁶²⁵, dans lequel les raisons de l'unité se composent avec celles de la diversité. Les juges de la loi deviennent alors des faiseurs du système européen, des acteurs incontournables de la construction d'un nouveau droit constitutionnel, élaboré à partir des constitutions nationales, des traités européens, des conventions⁶²⁶.

La distinction entre les sources du droit - Le pluralisme constitutionnel élaboré par la doctrine italienne et pratiqué par la Cour constitutionnelle se différencie des théories du constitutionnalisme global. Celles-ci prônent l'abolition de toute hiérarchie entre les sources normatives et encouragent la prise en compte exclusive de la substance des principes, dans le cadre d'un espace juridique dilaté, où les frontières des ordres juridiques s'effacent en vue d'assurer une protection globale des droits fondamentaux⁶²⁷.

En revanche, le pluralisme constitutionnel « à l'italienne » demeure fidèle à l'idée d'une distinction entre les sources et les ordres juridiques. En effet, s'il est vrai que désormais les juges nationaux appartiennent à la fois à l'ordre interne et aux ordres supranationaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, les effets de l'application des différentes chartes ne sont pas les mêmes en droit interne. Et ce, puisque chaque système de protection des droits poursuit des finalités différentes. La Constitution nationale est le fondement de l'ordre juridique étatique, en

⁶²³ Cité par D. Tega, « Il superamento del modello Granital », in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 27 janvier 2020, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/tega_scrittiCostanzo.pdf

⁶²⁴ M. Cartabia, « Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling », *cit.*, p. 1794; v. aussi: F. Giorgi, *La contribution du pluralisme constitutionnel à la constitutionnalisation de l'Union européenne, plaidoyer pour un renouveau théorique*, Thèse, Luxembourg, 2009.

⁶²⁵ *Id.*, p. 1791.

⁶²⁶ *Id.*, p. 1791 et p. 1795.

⁶²⁷ Sur les théories du constitutionnalisme global v. *ex multis* : S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009 ; *Id.*, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009 ; J.-B. Auby, *La globalisation, le droit, l'État*, Paris, LGDJ, 2020 ; A. Peters, « Le constitutionnalisme global : crise ou consolidation ? », *Jus Politicum*, <http://juspoliticum.com/article/Le-constitutionnalisme-global-Crise-ou-consolidation-1197.html>; M. Altwegg-Boussac, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, <http://juspoliticum.com/article/Le-constitutionnalisme-global-quels-espaces-pour-la-discussion-1211.html>; M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, <http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html>; A. Peters, M. Devers, A.-M. Thévenot-Werner et P. Zbinden (dir. par), *Les acteurs à l'ère du constitutionnalisme global - Actors in the age of global constitutionalism*, Société de législation comparée, 2014 ; C. Briceux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2018 ; A. Ruggeri, « Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale », *cit.* ; F. Viganò, « La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali », *Quaderni costituzionali*, n°2/2019, p. 489 ss.

revanche, la Conv. EDH entend assurer un standard minimum, commun aux États membres, tout en étant subsidiaire par rapport aux garanties nationales. Quant à la Charte de l'Union, elle s'applique dans des secteurs délimités, mais, dans ces domaines, elle impose un standard commun et uniforme de protection à tous les États membres⁶²⁸.

Ainsi, comme le juge et professeur Marta Cartabia l'affirme, le principe de l'égalité des sources et des systèmes juridiques est « intrinsèquement inadéquat pour résoudre les conflits entre les droits, en raison de la structure relationnelle qui les caractérise »⁶²⁹. La Cour constitutionnelle, la Cour de justice et la Cour EDH « sont responsables dans l'entreprise commune de préserver et de promouvoir les valeurs démocratiques (...). Chacune dans sa propre sphère de juridiction ; chacune dans l'espace commun partagé »⁶³⁰.

Le maintien d'une distinction entre les acteurs, les chartes et les ordres ne comporte pas l'adhésion à une vision hiérarchisée et purement formelle des rapports entre les systèmes⁶³¹. Celle-ci paraît dépassée dans le cadre d'ordres juridiques qui évoluent les uns en fonction des autres, en s'interpénétrant⁶³² poursuit ainsi le but de garantir et promouvoir le pluralisme, un principe qui protège la pluralité et la diversité en tant que valeurs en soi.

La « tradition » - Or, dans le cadre du pluralisme constitutionnel, la valeur « diversité » ne coïncide plus avec la défense toute nationale de l'*identité constitutionnelle*, comme à l'époque dualiste. Le choix terminologique change et le mot « tradition » remplace celui d'« identité ». La « tradition », en effet, serait une entité dynamique, qui évolue et se transforme dans le temps au contact de facteurs multiples, sans toutefois perdre les éléments caractérisant sa structure fondamentale⁶³³. La tradition juridique est conçue comme le « droit vivant d'une communauté », un système « ouvert aux nouveautés, vital et toujours en mouvement »⁶³⁴. En revanche, l'« identité » serait un concept figé, fermé à toute évolution, qui s'alimente d'un passé mythique et cristallisé⁶³⁵.

En privilégiant la notion de « tradition », la doctrine et la Cour constitutionnelle italiennes saisissent d'ailleurs l'esprit des Traités européens et de la Convention, qui préfèrent nettement cette expression à celle d'identité nationale⁶³⁶. Ce choix linguistique manifeste l'abandon par le juge d'une attitude de défense identitaire, et sa faveur pour une approche ouverte qui, tout en préservant le patrimoine constitutionnel de la tradition nationale, accepte de participer à la construction - et en

⁶²⁸ Le rappelle M. Cartabia in « Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *cit.*

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁶³⁰ M. Cartabia et G. Lattanzi, « Dialogue between Courts and the *Taricco* Case », *Confluence des droits - La revue [En ligne]*, 02/2020, mis en ligne le 11 février 2020, <http://confluencedesdroits-larevue.com/?p=724>.

⁶³¹ N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *cit.*

⁶³² V. en ce sens, B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 35 ss. Pour une défense de l'approche « unitaire », v. X. Magnon, « Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit », in B. Bonnet (dir. par), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 653 ss.

⁶³³ M. A. Glendon, *Traditions in Turmoil*, Sapientia Press of Ave Maria University, Ann Arbor 2006.

⁶³⁴ M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 17.

⁶³⁵ V. M. Fichera et O. Pollicino, « The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe? », *German Law Journal*, vol. 20, déc. 2019, p. 1097 – 1118 ; T. Rambaud, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 2-3.

⁶³⁶ Le préambule de la Conv. EDH fait référence à « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques ». Les Traités européens se réfèrent à la notion de « tradition » – juridique et constitutionnelle – à cinq reprises (art. 67 et 82 TFUE, Préambule et art. 6 TUE, Préambule de la Charte de Nice), alors que l'« identité nationale » est mentionnée dans l'art. 4.2 TUE ainsi que dans le Préambule de la Charte UE.

même temps de subir l'influence - d'une tradition européenne commune en matière de protection des droits fondamentaux.

Penser au-delà de l'ordre d'appartenance - La défense du pluralisme se situe alors au sein même des systèmes supranationaux et implique que tous les acteurs, nationaux et européens, raisonnent au-delà de leur ordre juridique d'appartenance, en prenant en compte non plus seulement les intérêts internes, mais aussi les enjeux et les objectifs des autres ordres, afin d'assurer la protection des droits la plus intense, dans le respect des valeurs et des principes des différents systèmes. Le pluralisme constitutionnel veille alors à garantir que « l'harmonisation ne néglige pas la diversité, la standardisation ne méprise pas les disparités et, en général, (qu')elle n'ignore pas les particularismes »⁶³⁷.

Une troisième voie – Cette théorie a l'ambition d'indiquer une troisième voie, entre le dualisme et le monisme, pour l'organisation des rapports entre les systèmes. Concrètement, la Constitution nationale demeure centrale, mais elle est une norme-paramètre intégrée au sein d'un système normatif européen pluriel⁶³⁸ ; d'autre part, le juge constitutionnel garde son rôle de garant des droits fondamentaux et d'interprète de ce système, en participant à la construction d'une jurisprudence constitutionnelle européenne.

L'ancrage culturel du pluralisme constitutionnel dans l'ordre italien - La théorie du pluralisme constitutionnel trouve un terrain privilégié pour germer au sein de la culture constitutionnelle italienne. Le principe du pluralisme est en effet l'un des piliers sur lesquels a été bâtie en 1946 la Constitution italienne et il irrigue encore aujourd'hui abondamment la jurisprudence constitutionnelle. Le pluralisme est en effet au cœur d'un mouvement culturel de matrice catholique, le personalisme⁶³⁹, qui a contribué grandement à réaliser le compromis constitutionnel entre les différentes forces politiques présentes au sein de l'Assemblée constituante. Quelques mots sur ce courant s'imposent afin de mieux saisir l'ancrage culturel de la théorie pluraliste dans l'ordre constitutionnel italien.

Le personalisme - Le personalisme est une « orientation de la pensée, une méthode »⁶⁴⁰ qui suggère de mettre au cœur de tout choix politique la personne humaine⁶⁴¹. Le principe personaliste est donc un critère qui accorde une préférence à l'individu par rapport à la collectivité. À la

⁶³⁷ M. Cartabia, « Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling », *cit.*, p. 1793.

⁶³⁸ En France, Mattias Guyomar dans les conclusions sur CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres, RFD-A*, 2008, p. 575 a manifesté son adhésion à une vision pluraliste tout du moins du système normatif en affirmant que : « La pyramide kelsénienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques : les droits nationaux, le droit communautaire et celui de la Convention européenne. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d'être ordonné ».

⁶³⁹ Le personalisme a été élaboré par les philosophes français Emmanuel Mounier (*Qu'est-ce que le personalisme ?*, Paris, éd. du Seuil, 1947) et Jacques Maritain (*Humanisme intégral* (1936), Paris, éd. du Cerf, 2006), entre les deux guerres. Il a influencé la constituante italienne à travers l'aile gauche du parti de la Démocratie chrétienne (notamment, Aldo Moro, Giorgio La Pira, Giuseppe Dossetti).

⁶⁴⁰ G. Zagrebelsky, *Questa Repubblica*, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁴¹ « Le but ultime de toute organisation sociale est le développement de chaque individu » (Cour const. it., arrêt n°167/1999).

différence de la théorie libérale, cela ne signifie pas que les intérêts individuels doivent toujours prévaloir sur les intérêts collectifs, mais qu'il existe une « présomption relative sur la priorité des droits inviolables et des devoirs impératifs de la personne »⁶⁴². Une présomption qui peut être surmontée seulement en présence de circonstances exceptionnelles.

Le personnalisme prône, en outre, une vision communautaire de l'homme. Opposée à la vision rousseauiste d'individus abstraitement égaux entre eux, cette doctrine encourage la prise en compte de « l'homme situé », c'est-à-dire la prise en compte de la personne au sein des relations sociales concrètes qu'elle a établies et dans lesquelles elle est insérée. Tout homme ferait en effet partie de « communautés naturelles », dotées de droits que l'État ne doit pas bafouer, mais tout au contraire garantir.

Cette approche communautaire se lie alors à une conception pluraliste de la société. À la différence de la conception américaine du pluralisme⁶⁴³, l'approche italienne ne conçoit pas la société comme formée par des groupes en compétition entre eux, mais composée par des individus qui s'épanouissent au sein de différentes communautés – les *formazioni sociali*⁶⁴⁴ – promouvant ainsi la diversité politique, culturelle, sociale et religieuse⁶⁴⁵. Il ne s'agit donc pas d'un retour à la société préévolutionnaire divisée par ordres, mais plutôt d'une idée de société dans laquelle chaque individu s'insère dans une ou plusieurs communautés, afin de développer sa personnalité et de s'épanouir⁶⁴⁶.

Entre le principe pluraliste et l'idée personnaliste existe donc un lien indissoluble : la pluralité des expressions humaines est une valeur en soi, en ce qu'elle est la condition pour le développement personnel et social des hommes, au sein de la communauté civile et politique.

Or, cette conception particulière du pluralisme, qui a constitué le socle du compromis trouvé entre les constituants catholiques et communistes en 1947, oriente, à notre avis, aujourd'hui l'appréhension italienne des rapports entre les systèmes et, en quelque sorte, constitue le nouveau socle du pacte entre l'Italie et l'Europe pour la protection commune des droits fondamentaux.

L'ancrage culturel du pluralisme constitutionnel au sein de l'Europe des droits - La diversité des cultures juridiques et leur préservation sont en effet des valeurs qui inspirent aussi, depuis leurs origines, à

⁶⁴² G. Zagrebelsky, *Questa Repubblica*, op. cit., p. 102. V. également, A. Morelli, « Il principio personalista nell'era dei populismi », *Consulta online*, 18 juill. 2019, <https://www.giurcost.org/studi/morelli7.pdf>; A. Ruggeri, « Il principio personalista e le sue proiezioni », *Federalismi*, 28 août 2013, <https://federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=23066&dpath=document&dfile=05092013183809.pdf&content=II%2Bprincipio%2Bpersonalista%2Be%2Ble%2Bsue%2Bproiezioni%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>

⁶⁴³ R. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally, 1967

⁶⁴⁴ Art. 2, Const. it. : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

⁶⁴⁵ G. Sartori, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei : saggio sulla società multiethnica*, Milan, Rizzoli, 2000 ; F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionali : i paradossi dell'integrazione*, Turin, Giappichelli, 1999.

⁶⁴⁶ Art. 3, Const. it. : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. »

la fois, le projet d'intégration de l'Union européenne⁶⁴⁷ et la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne l'ordre de l'Union, au-delà de la devise qui, depuis 2000, synthétise symboliquement son esprit – « Unie dans la diversité » -, les rapports entre les États membres et l'Union sont régis par le principe de coopération loyale, inscrit à l'article 4§3 du TUE, et impliquant l'aide et le respect réciproques⁶⁴⁸. Ainsi, unité et diversité coexistent au sein de l'Union dans une tension dynamique perpétuelle⁶⁴⁹ qui empêche, d'une part, que les exigences de l'unité effacent la diversité dont est porteur chaque État, avec ses valeurs, son histoire, ses traditions. Il n'y aurait pas de « respect » si cette diversité était annulée⁶⁵⁰. D'autre part, la défense de la diversité ne doit pas empêcher la construction d'un futur de paix, fondé sur des valeurs communes, ce qui est au cœur du projet européen, comme l'affirme le Préambule de la Charte de Nice. Si les projets nationaux prenaient le dessus sur le projet unitaire, c'est alors le concept de « coopération » qui aurait perdu tout son sens.

Quant au système de la Convention EDH, il est également très sensible au principe du « pluralisme ». Le principe de subsidiarité - dont la matrice est aussi d'origine catholique -⁶⁵¹ domine en effet le droit européen des droits de l'homme⁶⁵². Sous réserve de respecter le standard minimum de la Convention, les États ont la charge, en premiers, de garantir les droits fondamentaux et demeurent libres de choisir de façon autonome les mesures adaptées pour la mise en œuvre des obligations conventionnelles. La Convention, en revanche, a un caractère second, subsidiaire⁶⁵³. Dans ce cadre, le pluralisme est valorisé, à la fois, en tant que composante de la société démocratique et à l'intérieur de la communauté des États européens, en tant que principe réglant les relations entre eux⁶⁵⁴. En ce sens, la Cour européenne est attentive à la préservation de la diversité européenne, et notamment des cultures juridiques, à travers le mécanisme de la marge nationale d'appréciation, qui représente la traduction procédurale « de cette exigence idéologique »⁶⁵⁵.

La théorie du pluralisme constitutionnel a donc des ancrages culturels solides au sein des ordres italien et supranationaux et, si adoptée par les juges nationaux et européens, elle pourrait constituer une réponse efficace à l'exigence de mise en cohérence des compétences juridictionnelles

⁶⁴⁷ V. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

⁶⁴⁸ X. Magnon, « La loyauté : aspects institutionnels », Dossier spécial : *La loyauté en droit de l'Union européenne, sous la responsabilité* de F. Picod et M. Sousse, *RAE*, n° 2, 2011, pp. 245-251 ; P. Mengozzi, « Juges du fond, juridictions suprêmes des États membres et Cour de justice, un triptyque pour un principe : la coopération loyale », *cit.* ; M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, p. 127 ss. ; M. Blanquet, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire, t. 108, 1994.

⁶⁴⁹ V. en ce sens, O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris, Puf, 2007.

⁶⁵⁰ En ce sens, Cour const., ord. n°24/2017.

⁶⁵¹ V. A. Duranthon, *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités en droit public français*, Paris, Dalloz, 2017 ; nous nous permettons de renvoyer aussi à N. Perlo, « Le principe de subsidiarité horizontale : un renouvellement de la relation entre l'Administration et les citoyens. Étude comparée franco-italienne », *Revue internationale de droit comparé*, n°4, 2014, p. 983-1000.

⁶⁵² Le Protocole n°15 inscrit le principe de subsidiarité dans le Préambule de la Convention.

⁶⁵³ CEDH, *Aff. linguistique belge*, 23 juill. 1968, §10. La Convention n'impose aucune « uniformité absolue », *Sunday Times c./RU*, 26 avr. 1979, §61.

⁶⁵⁴ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, p. 219.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

et à la nécessité de construire un système normatif européen de protection des droits intégré et harmonisé.

L'analyse des échanges entre la jurisprudence constitutionnelle italienne et les jurisprudences européennes les plus récentes constitue un cadre privilégié pour observer les applications concrètes du pluralisme constitutionnel et en apprécier les effets. Cette théorie se déploie, d'une part, à travers la procédure, et notamment *via* l'intensification du dialogue entre la Cour constitutionnelle, la Cour de justice de l'UE et la Cour EDH (Ch. 1) et, d'autre part, à travers la promotion d'un critère interprétatif fondé sur la mise en balance de l'ensemble des droits reconnus par les chartes (Ch. 2).

Chapitre 1. Une procédure fondée sur le conflit constructif entre les juridictions internes et supranationales

Le droit de l'Union prévoit la possibilité pour les juges nationaux de saisir la Cour de justice de l'Union via un renvoi préjudiciel en interprétation ou en validité. La saisine de la Cour de justice par la Cour constitutionnelle italienne est devenue rapidement l'instrument permettant de réaliser un espace d'échange européen sur les thèmes constitutionnels (A). En ce qui concerne le système conventionnel, le Protocole n°16 a également introduit une procédure permettant de créer un dialogue institutionnalisé entre la Cour EDH et les cours suprêmes nationales. Le débat italien sur la ratification du Protocole révèle les oppositions persistantes entre les conceptions dualiste et pluraliste des rapports entre les systèmes (B).

A. Le renvoi préjudiciel, instrument incontournable du dialogue des juges

L'affaire *Taricco* représente la première application concrète de la théorie du pluralisme constitutionnel par rapport au droit de l'Union. Il s'agit d'une véritable saga judiciaire qui a impliqué les juges nationaux de tous les degrés, la Cour constitutionnelle ainsi que la Cour de justice de l'Union. À travers une multiplication de renvois préjudiciels de constitutionnalité et en interprétation en vertu de l'art. 267 TFUE, tous ces juges ont chacun avancé et défendu leur idée de l'intégration européenne et débattu autour de la « tradition continentale »⁶⁵⁶. La convergence finale des jurisprudences constitutionnelle et européenne prouve tout l'intérêt d'une procédure qui crée des raccords entre les juges et les droits, en facilitant la compréhension réciproque (1). La Cour constitutionnelle italienne a tiré les conséquences de cette expérience, pour inaugurer, peu de temps après, une réforme procédurale d'ampleur, afin de renforcer ses échanges avec la Cour de justice de l'Union lorsqu'il s'agit de la protection des droits fondamentaux (2).

1. *Taricco*, une affaire européenne

L'affaire *Taricco* est issue d'un arrêt européen de 2015⁶⁵⁷, faisant suite à une question préjudicielle de 2014⁶⁵⁸. Était ici en cause la réglementation italienne sur l'interruption de la prescription de

⁶⁵⁶ Sur cet aspect, Partie I.

⁶⁵⁷ CJUE, 8 sept. 2015, *Taricco* C-105/14.

⁶⁵⁸ Trib. Cuneo, *ordinanza* du 17 janvier 2014, GUP Boetti, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf

l'action publique voulue et introduite sous le gouvernement de Silvio Berlusconi, dans le but, à peine dissimulé, d'empêcher la condamnation du Premier ministre de l'époque dans les procès le concernant. Depuis, la doctrine et les juges pénaux avaient invoqué la révision de ces dispositions sans relâche, mais pour l'heure aucun changement législatif n'est intervenu. L'affaire *Taricco* concernait plus spécifiquement les effets néfastes de l'interruption de la prescription pour la poursuite et la condamnation des accusés dans le domaine des délits de fraude fiscale. Investie de l'affaire, la Cour de justice de l'Union met finalement à mal cette réglementation au nom de l'intérêt financier de l'Union (art. 325 TFUE).

Dès la date de sa publication, l'arrêt *Taricco* produit, en Italie, un très fort retentissement auprès de la doctrine et des juridictions pénales. Les raisons d'un tel émoi étaient multiples et concernaient tant des questions juridico-politiques internes que la conception même de l'intégration juridique en Europe, son esprit, ses tendances, son évolution.

Dans les débats qui se sont enchaînés, les auteurs et les juges qui ont prôné l'application de l'arrêt de la CJUE ont fait figure de fiers pro-européens⁶⁵⁹. En revanche, la doctrine qui s'est opposée à la « règle Taricco », ainsi que les juges – la Cour d'Appel de Milan et la Cour de cassation – qui ont soulevé une question préjudicielle de constitutionnalité⁶⁶⁰, en invoquant la suprématie de la Constitution sur le droit de l'Union⁶⁶¹, ont endossé le rôle de souverainistes obstinés⁶⁶². La Cour constitutionnelle elle-même, bien qu'elle ait décidé de poser une question préjudicielle à la CJUE afin de ne pas faire primer automatiquement le droit national⁶⁶³, a été accusée, par une grande partie des commentateurs, d'avoir agi dans une optique de défense de l'identité nationale⁶⁶⁴.

Toutefois, la réalité est plus complexe et elle ne saurait se réduire à l'opposition européenistes/souverainistes. L'analyse attentive des étapes de cette affaire – de la question

⁶⁵⁹ Parmi les différents auteurs v. : F. Viganò, « Il caso Taricco davanti alla corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco », *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462808569VIGANO%202016_3%20\(Taricco\).pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462808569VIGANO%202016_3%20(Taricco).pdf). Quant à la jurisprudence v. : Cour cass., Sect. 3, arrêt n° 2210 du 17 sept. 2015, *Pennacchini*, Rv. 26612, <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/01/cass-pen-2210-2016.pdf>

⁶⁶⁰ Cour d'appel de Milano, Sect. II pénale, *ordinanza* n° 339, 18 sept. 2015, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1442596551Ord_rim_18.9.15.pdf; Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, 8 juill. 2016, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1468419448ordinanza_qlc_28346_2016.pdf.

⁶⁶¹ Ils demandent notamment l'application de la théorie des contre-limites, élaborée par la Cour constitutionnelle à partir de l'arrêt n° 183/73 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, FI, 1974, I, p. 31.

⁶⁶² *Ex plurimis* : M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *Rivista AIC*, n°2/2016, 15 avr. 2016, <http://www.rivistaaic.it/il-brusco-risveglio-i-controlimiti-e-la-fine-mancata-della-storia-costituzionale.html>; R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *Diritto penale contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1467364856BINR_2016a.pdf; S. Catalano, « Il caso Taricco : una fuga in avanti », *Forum dei quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/catalano.pdf>; V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controlimiti », *Diritto penale contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462376539MANES_2016a.pdf; C. Sotis, « Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco », *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/sotis.pdf>.

⁶⁶³ Cour const., *ordinanza* n°24/2017 (audience le 23 nov. 2016, déposée le 26 janv. 2017), <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

⁶⁶⁴ A. Ruggeri, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti », *Consulta Online*, vol. 1, 2017, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri66.pdf>; M. Caianiello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario ? », *Diritto penale contemporaneo*, 24 fév. 2017, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/CAIANIELLO_2017a.pdf; G. Piccirilli, « L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti : un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida », *Consulta Online*, vol. I, 2017, <http://www.giurcost.org/studi/piccirilli.pdf>.

préjudicielle posée à la CJUE par le juge de Cuneo en 2014, en passant par la décision de la CJUE et la question de constitutionnalité posée par les juges nationaux, jusqu'à la récente question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle italienne – révèle les véritables finalités poursuivies par chaque juge et la conception respective de la collaboration inter-juridictionnelle.

Deux grandes tendances semblent s'esquisser. D'une part, loin d'être « pro-européens », le juge italien qui a formulé la question préjudicielle en 2014 et la Cour de justice dans l'arrêt *Taricco* de 2015 privilégient un rapport instrumental avec la procédure du renvoi préjudiciel. Le juge national se sert en effet du renvoi dans le but, tout interne, de réformer une législation « scélérate ». Le juge européen, pour sa part, voit dans le renvoi italien l'occasion de renforcer la protection des intérêts financiers de l'Union. Il s'agit de schémas procéduraux opposés à l'idée de pluralisme constitutionnel en ce qu'ils mettent en relation des « monades », repliés sur leur propre système juridique (a).

En revanche, les cours suprêmes à l'origine des questions de constitutionnalité et la Cour constitutionnelle italienne, opèrent, à notre avis, dans le sens d'une collaboration constructive. Ces juges raisonnent non pas dans le cadre étroit de l'ordre d'appartenance, mais dans celui du processus d'intégration européenne. Le renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle italienne, en particulier, s'inscrit dans le cadre de cette vision globale de l'évolution de l'intégration européenne : une intégration réalisée dans le respect de la diversité, à travers la collaboration des juges nationaux et supranationaux, qui, en refusant l'idée de toute opposition radicale entre les cultures, tend à la création d'une base constitutionnelle commune, construite à partir des traditions juridiques des États et du droit européen⁶⁶⁵ (b).

a. Une collaboration juridictionnelle fictive

La question préjudicielle posée par le juge du Tribunal italien de Cuneo, ainsi que l'arrêt de la CJUE en réponse à ce renvoi, sont révélateurs d'une instrumentalisation de la procédure du renvoi préjudiciel qui rend la collaboration des juges fictive. Le juge *a quo* utilise le renvoi préjudiciel pour contourner l'action législative et initier directement une réforme pénale attendue (a.1). La Cour de justice considère, de son côté, le renvoi préjudiciel comme un moyen pour protéger les intérêts financiers de l'Union, étendre la portée des effets directs et ses compétences en matière pénale (a.2). Dans ce contexte, la considération des droits individuels occupe une moindre place.

a.1. Un juge ordinaire révolté contre le législateur

La « fraude carousel » - L'affaire est déclenchée par un magistrat pénal du Tribunal de première instance de Cuneo chargé de juger un délit de fraude fiscale, appelé « fraude carousel ». Il s'agit d'un système de fraude très répandu dans les pays de l'Union européenne, depuis la

⁶⁶⁵ La théorie du « constitutional pluralism » n'est pas nouvelle. Elle a été élaborée et défendue par différents auteurs à partir des années 1990, v. notamment N. MacCormick, « Beyond the sovereign state », *The Modern Law Review*, vol. 56, n°1, 1993, pp. 1-18; N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, vol. 65, n°3, 2002, pp. 317-359; M. P. Maduro, « Contrapuntal law: Europe's constitutional pluralism in action », in N. Walker, *Sovereignty in Transition*, Londres, Hart, 2003 ; I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited? », *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp. 703-750 ; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006 ; F.-X. Millet, *L'UE et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013.

suppression des frontières fiscales en 1993. Il permet à des sociétés éphémères, voire à des sociétés-écrans, d'abuser du système européen de taxe sur la valeur ajoutée, fondé sur le principe de destination⁶⁶⁶. Les conséquences de ce délit sont graves : la perte de recettes pour les Trésors de l'ensemble des Etats membres est de l'ordre de 100 milliards d'euros par an⁶⁶⁷ ; de plus, cette opération permet au fraudeur de disposer de produits à un prix inférieur à celui du marché et de les revendre, en faussant ainsi la concurrence.

En l'espèce, M. Taricco ainsi que d'autres personnes, sont considérés coupables⁶⁶⁸ par le juge de l'audience préliminaire⁶⁶⁹ de Cuneo d'avoir procédé à des montages juridiques frauduleux de type « carrousel à la TVA », leur permettant d'acquérir et de revendre des biens hors TVA. Avant de procéder au renvoi des accusés devant le juge de l'audience, le juge de l'audience préliminaire ne peut que constater une évidence fâcheuse : tout le travail, long et complexe, accompli jusque-là par les forces de l'ordre, le ministère public et lui-même afin de détecter et de prouver la fraude aura été vain, puisque les délits seront prescrits au plus tard le 8 février 2018, soit avant qu'un jugement définitif ne soit rendu.

La prescription de l'action publique en Italie - En effet, l'article 157 du Code pénal italien prévoit que « le délit est prescrit à l'expiration du délai correspondant au maximum de la peine prévue par la loi ». Or, l'écoulement du temps de la prescription peut être interrompu par certains actes processuels⁶⁷⁰. Un nouveau délai recommence ainsi à courir à compter de la date de l'acte interruptif. Toutefois, à la différence du système français⁶⁷¹, en Italie, l'article 161 du code pénal prévoit que « l'interruption de la prescription ne peut en aucun cas conduire à augmenter le délai de prescription de plus du quart de sa durée maximale prévue »⁶⁷².

Ce régime, issu d'une réforme de 2005, constitue un *unicum* dans le panorama européen. Très critiqué⁶⁷³, à l'époque de son adoption certains auteurs vont jusqu'à préconiser une « abolition du droit pénal »⁶⁷⁴. La réduction considérable des délais de prescription conjuguée à la possibilité pour un délit d'être prescrit jusqu'en cassation, assurent en effet l'impunité de certains malfaiteurs

⁶⁶⁶ Il consiste à créer dans différents États membres des sociétés qui réalisent entre elles des opérations fictives de revente à perte, en se faisant à chaque fois rembourser les trop-perçus de TVA. Avant que les administrations fiscales des différents pays se soient aperçues de la supercherie, les sociétés fraudeuses ont disparu et les trop-perçus de TVA ont été détournés. V. : O. Fouquet, « Fraude « carrousel » à la TVA intracommunautaire », *RTD com.* 2006. 508.

⁶⁶⁷ Commission UE, « Implementing of destination principle to Intra-EU B2B supplies of goods », 30 juin 2015, http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/publications/studies/e_y_study_destination_principle.pdf

⁶⁶⁸ Exception faite pour M. Anakiev, étant donné que les délits en cause sont prescrits à son égard.

⁶⁶⁹ La procédure pénale en Italie se structure en trois phases : la phase des enquêtes préliminaires, coordonnées par le juge des enquêtes préliminaires (*giudice delle indagini preliminari*) ; la phase de l'audience préliminaire devant le juge de l'audience préliminaire (*giudice per l'udienza preliminare*) ; et enfin l'audience (*dibattimento*). Le juge de l'audience préliminaire doit décider, sur la demande du ministère public, de renvoyer ou pas l'accusé devant le juge de l'audience.

⁶⁷⁰ Les actes interruptifs sont indiqués à l'art. 160 code pén.

⁶⁷¹ En vertu de l'art. 7, 2^e al., 8 et 9 du code de procédure pénale français, l'interruption du délai de prescription de l'action publique résulte d'un acte juridique qui anéantit le délai écoulé et le fait de nouveau courir entièrement.

⁶⁷² Art. 161 code pén. En l'espèce, les infractions reprochées aux accusés sont punies d'une peine pouvant aller, en vertu des articles 2 et 8 du DL n° 74/2000, jusqu'à six années d'emprisonnement. Le délai de prescription est donc de six ans. Malgré l'interruption de ce délai, en application de l'art. 161 code pén., la prescription ne peut pas être prorogée au-delà de sept ans et six mois.

⁶⁷³ V. la Relation du Procureur général de la Cour de cassation de 2013 *in* http://www.cortedicassazione.it/Documenti/2013_Relazione_Ciani.pdf.

⁶⁷⁴ G. Marinucci, « La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 988.

et entravent le bon fonctionnement de la justice italienne. De façon paradoxale, le procès pénal devient un instrument permettant de poursuivre l'extinction de l'action publique et d'ôter ainsi aux faits poursuivis tout caractère délictueux⁶⁷⁵. La crédibilité du système judiciaire est alors mise à mal et les garanties individuelles sont menacées par l'engorgement chronique des cours.

Ce contexte explique l'indignation du juge de Cuneo. L'affaire *Taricco* constitue le prétexte idoine pour dénoncer cette situation « scandaleuse »⁶⁷⁶, faisant de l'« impunité » non plus une exception, mais « la norme »⁶⁷⁷. De l'indignation, le juge italien passe alors à la révolte, non contre un système judiciaire qu'il considère comme efficient et efficace⁶⁷⁸, mais contre le législateur, véritable responsable de cette situation d'impunité généralisée. La clé d'explication est à rechercher tout à la fois, dans l'adoption d'une réglementation « scélérate » en 2005⁶⁷⁹ et dans l'inaction qui a suivi⁶⁸⁰.

La « saisine-pamphlet » - La saisine de la Cour de justice de l'Union européenne *via* la formulation d'une question préjudicielle *ex* article 267 TFUE constitue l'instrument juridique de cette révolte. En ce sens, le magistrat de l'audience préliminaire rédige la question préjudicielle de telle sorte qu'elle s'apparente davantage à un pamphlet : dans un style désinvolte, le ton est celui d'une mise en accusation moralisante. Le juge déclare « scandaleuses » les conséquences de l'application de la réglementation sur l'interruption de la prescription⁶⁸¹ et pose comme *demonstratum*, et non pas comme *demonstrandum*, l'inadéquation des articles 160 et 161 du Code pénal face aux exigences de la répression de la fraude fiscale en Italie. Il essaie en outre de délégitimer ces dispositions aux yeux de la Cour de justice, en évoquant le contexte politique qui a motivé la réforme de la prescription de 2005. De façon surprenante, le juge cite des articles de la presse quotidienne italienne et étrangère pour indiquer que cette novation a été voulue, à l'époque, pour « sauver » l'ex Président du Conseil Silvio Berlusconi d'éventuelles condamnations pénales à son encontre⁶⁸².

⁶⁷⁵ En ce sens, le Procureur général de la Cour de cassation dans sa Relation de 2013, http://www.cortedicassazione.it/Documenti/2013_Relazione_Ciani.pdf. Cela produit une distorsion évidente : les accusés font systématiquement appel des décisions de justice et délaissent les procédures abrégées, créées pour désencombrer les cours, afin d'atteindre les délais de prescription. V. P. Ferrua, « L'ex Cirielli colpisce tutto il processo penale », *Diritto & Giustizia*, 2006, f. 45, p. 46 s. ; G. Ubetis, « Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p.1016 ss

⁶⁷⁶ Trib. Cuneo, *ordinanza* du 17 janvier 2014, §5, p. 12, *cit.*

⁶⁷⁷ §5, p. 13, *cit.*

⁶⁷⁸ §5, p. 16, *cit.* Le juge souligne que les magistrats italiens sont les premiers en Europe par rapport au nombre de procès pénaux conclus par an : 1.168.044. La France se trouve en troisième position (655.737), après l'Allemagne (864.231).

⁶⁷⁹ Il s'agit de la loi n°251/2005, *in G.U.* n° 285 du 7 décembre 2005.

⁶⁸⁰ §6 *cit.* A vrai dire, depuis 2006 de nombreux projets de réforme ont été présentés et discutés. Dernier en date, le projet de loi n°AS 2067, adopté par la Commission parlementaire sur la Justice en septembre 2015. Le projet n'a toutefois pas pu aboutir suite à la crise du gouvernement de Matteo Renzi, qui a conduit, le 12 décembre 2016, à l'installation d'un nouveau gouvernement de coalition, guidé par Paolo Gentiloni. Dans tous les cas, la question de la prescription n'est toujours pas tranchée au sein de la Commission parlementaire. Si le rapporteur du projet de loi est en faveur de la cessation de l'écoulement de la prescription de l'action publique après la condamnation en première instance (intervention au Sénat du 15 septembre 2016), la majorité semble contraire à une modification en ce sens. Sur cette réforme la Revue trimestrielle *Diritto penale contemporaneo* a consacré le n°1/21016.

⁶⁸¹ §5, *cit.*, p. 12.

⁶⁸² § 6, p. 17.

Juge de l'efficacité de la loi - Le juge du cas concret s'érige ainsi en juge de la loi, certes non de la constitutionnalité de la loi, mais de l'adéquation de la loi à l'objectif poursuivi, juge de l'efficacité, de l'efficace de celle-ci dans le cadre de l'ordre interne.

Cette posture constitue le premier *vulnus*, la blessure originaire élargie par la CJUE ensuite, infligée à l'identité constitutionnelle italienne par l'affaire *Taricco*. La nature de l'activité juridictionnelle dans un pays romano-germanique tel que l'Italie impose que le juge ordinaire interprète et applique la loi en fonction du cas d'espèce, sans pouvoir se prononcer abstraitement sur la qualité ou l'efficacité de celle-ci par rapport au but poursuivi. Cela relève de la seule compétence du législateur.

Cette dénaturation du rôle du juge est lourde de conséquences. Dans la question préjudicielle posée à la CJUE, les individus accusés et leurs droits semblent oubliés, sacrifiés sur l'autel de l'exigence de réformer une réglementation considérée comme inefficace. Peu importe au juge piémontais que la prescription ait été conçue comme une garantie pour les accusés⁶⁸³. Pour lui, l'application effective de la peine est « la forme la plus efficace de protection des droits » des individus⁶⁸⁴. La prescription aurait dès lors pour seul but la « garantie de l'impunité ». La question de savoir si, en cas de réponse favorable du juge européen, l'inapplication de l'article 161 du Code pénal pourrait porter atteinte aux principes fondamentaux du droit pénal⁶⁸⁵ n'est même pas abordée dans l'ordonnance.

Un renvoi préjudiciel instrumental - L'exigence punitive trouve dans la saisine du juge européen un instrument d'exception : si les dispositions sont considérées contraires aux articles 101, 107, 119 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), ainsi qu'à la directive de 2006 sur le système commun de TVA⁶⁸⁶, en vertu du principe de primauté les juges nationaux pourront écarter les normes internes et résoudre ainsi, par voie prétorienne, la longue querelle sur la prescription, tout au moins en matière de fraude fiscale. La question préjudicielle n'est alors qu'un moyen pour mener un combat juridique entièrement national.

L'appel final lancé par le magistrat de Cuneo aux juges de la CJUE, dans la « saisine-pamphlet », exprime clairement la logique de cette collaboration judiciaire instrumentale⁶⁸⁷ : « La Cour de justice a une très grande opportunité : celle d'opérer un changement qui fera date, en vue d'une application toujours plus efficace du droit de l'Union »⁶⁸⁸. Le juge italien présente ainsi l'affaire comme une « opportunité », un prétexte bienvenu pour que chaque juge y trouve son

⁶⁸³ L'écoulement du temps fait tomber, en effet, les exigences de prévention générale qui gouvernent la répression des délits. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 764. Notamment, dans le système italien, la finalité de rééducation de la peine ex art. 27 de la Constitution serait compromise dans sa dimension téléologique une fois passé un certain temps de la commission des faits. La Cour de cassation, III sect. pénale s'exprime en ce sens dans l'*ordinanza* de saisine de la Cour constitutionnelle, ord. n° sez. 2282, R.G.N. 2055/2016, 8 juillet 2016, p. 30, http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2016&numero=212&numero_parte=1.

⁶⁸⁴ §19, p. 27.

⁶⁸⁵ Notamment, au principe de légalité, dans sa dimension de la non-rétroactivité de la loi pénale *in peius*.

⁶⁸⁶ Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006.

⁶⁸⁷ A noter que l'utilisation du renvoi préjudiciel à la place de la procédure d'infraction, afin de masquer derrière un problème d'interprétation juridique un « cahier de doléances » substantiellement politique, est désormais très fréquente. La CJUE semble seconder cette tendance, en reconnaissant des frontières très larges au renvoi préjudiciel. V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controlimiti », *cit.*, p. 6; M. Caianiello, « *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...* Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), p. 2.

⁶⁸⁸ Ord. cit., §19, p. 28.

compte. En ce sens, le juge *a quo* obtiendrait d'écarter une norme qui rend inefficace la poursuite des fraudes fiscales ; quant au juge européen, il pourrait saisir l'occasion pour étendre l'effectivité du droit de l'Union. Dans cet échange, peu de place pour la prise en compte des garanties pénales des accusés, qui ne constituent plus la finalité de l'action pénale, mais un simple instrument⁶⁸⁹.

a.2. La Cour de justice protectrice des intérêts financiers de l'Union

L'appel lancé par le juge de Cuneo n'est pas resté sans réponse.

La reformulation de la question préjudicielle - La grande chambre de la CJUE manifeste un grand intérêt pour l'affaire *Taricco*, au point que, vue l'inadéquation des paramètres invoqués par le juge de Cuneo⁶⁹⁰, elle procède à la reformulation intégrale de la question posée⁶⁹¹, afin de pouvoir statuer.

L'article 325 TFUE, qui impose à l'Union et aux États membres de combattre « la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », est la principale norme-paramètre choisie par la Cour de justice afin d'évaluer la conformité de l'article 160 du code pénal italien au droit européen⁶⁹². Ce choix n'est pas neutre. L'article 325 TFUE, en effet, a très souvent constitué le fondement normatif permettant de légitimer l'interventionnisme créatif de la jurisprudence et du législateur européens en matière pénale. Les décisions les plus innovantes et expérimentales trouvent leur justification dans la protection des intérêts financiers de l'Union⁶⁹³.

⁶⁸⁹ En ce sens aussi : C. Sotis, « Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco », *cit.*, p. 12.

⁶⁹⁰ Le juge italien invoque (§18, arrêt *cit.*) la violation des normes du Traité FUE relatives au droit de la concurrence (art. 101 TFUE) et aux aides d'État (art. 107 TFUE). Le fait pour l'État italien de laisser impunis des entrepreneurs fraudeurs est apparenté par le juge *a quo* à une « aide d'État ». Les fraudeurs bénéficient en effet d'une position plus favorable sur le marché à laquelle s'associe une diminution du budget public (v. arrêt *Bonygues et Bonygues Télécom/Commission e.a. et Commission/France e.a.*, C-399/10 P et C-401/10 P). La situation de faveur des entrepreneurs pourrait en outre affecter les échanges entre les États membres (v. arrêt *Libert e.a.*, C-197/11 et C-203/11). Au vu des arrêts *Commission/Pays-Bas* (C-279/08 P) et *Eventech Ltd* (C-518/13), qui confirment la qualification de l'aide d'État par rapport aux effets produits et non en relation aux modes de l'intervention publique, la Cour de justice aurait pu valider l'interprétation du juge *a quo*.

⁶⁹¹ La CJUE est compétente pour reformuler les questions préjudicielles qui lui sont adressées (v. par ex. CJUE, 9 octobre 1980, aff. 823/79, *Carciati*; 5 octobre 1994, aff. C-151/93, *Voogd Vleesimport*; 3 octobre 2000, aff. C-58/98, *Corsten*; 31 janvier 2008, aff. C-380/05, *Centro Europa 7*). Toutefois, en l'espèce, en allant même au-delà de la première reformulation de l'Avocat général, la CJUE fait usage de cette faculté de façon très étendue. Bien que trois questions sur quatre du juge italien ne soient pas recevables, le juge préfère reformuler la question et statuer sur l'affaire. C. Amalfitano, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia ? », *Forum dei Quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, p. 7, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/amalfitano.pdf>.

⁶⁹² Les autres normes-paramètres établis par la CJUE sont : la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995 (JO C 316 – Convention « PIF ») ; la directive 2006/112 ; la décision 2007/436/CE, Euratom du Conseil, 7 juin 2007, relative au système des ressources propres des Communautés européennes (JO L 163).

⁶⁹³ V. par ex. CJCE 21 septembre 1989 *Commission c/ Grèce*, 68/88 (obs. V. Constantinesco, *JDI* 1990, 453), qui a donné naissance à l'obligation de congruence des sanctions ; ou bien le règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, *relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* et le Règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil, 11 novembre 1996 *relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités* qui attribuent à la Communauté une compétence pénale administrative directe, accompagnée de pouvoirs d'inspection importants ; ou encore le *Corpus Juris*, une étude approfondie sur l'ensemble de règles relatives à la protection pénale des intérêts financiers communautaires, qui a conclu à la faveur de l'institution d'un procureur européen (v. M. Delmas-Marty et M. – J.A.E. Vervaele (dir. par), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Anverse – Groningen – Oxford, 2000 et 2001) ; et enfin l'art. 86 TFUE, qui prévoit la possibilité d'instituer un Parquet européen pour la protection exclusive des intérêts financiers de l'Union.

Ces intérêts sous-tendent en effet un enjeu vital pour l'Union. S'ils sont attaqués, c'est l'existence même de l'organisation européenne qui est mise en danger. L'arrêt *Taricco* du 8 septembre 2015 fournit encore une fois l'illustration de l'importance stratégique de cet enjeu.

En statuant sur la question préjudicielle⁶⁹⁴, la CJUE accepte ainsi la collaboration avec le juge italien et l'instrumentalise, via l'article 325 TFUE, afin de procéder à une extension importante d'une part, de l'effet direct qui se lie au principe de primauté pour fonder la décision⁶⁹⁵. D'autre part, la Cour élargit les compétences de l'Union en matière pénale. Cela se fait, toutefois, au détriment des droits et des libertés et en violation des principes structurant le droit pénal italien.

La règle Taricco - La grande chambre de la CJUE considère que :

« Dans l'hypothèse où le juge national parvient à la conclusion que l'application des dispositions nationales en matière d'interruption de la prescription aurait pour effet que, dans un nombre considérable des cas, les faits constitutifs de fraude grave ne seront pas pénalement punis, dans la mesure où ces faits seront généralement prescrits avant que la sanction pénale prévue par la loi puisse être infligée par une décision judiciaire définitive, il y aurait lieu de constater que les mesures prévues par le droit national pour combattre la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ne sauraient être considérées comme étant effectives et dissuasives, ce qui serait incompatible avec l'article 325, paragraphe 1, TFUE, l'article 2, paragraphe 1, de la convention PIF ainsi que la directive 2006/112, lue en combinaison »⁶⁹⁶.

Par conséquent :

« Au cas où la juridiction nationale aboutirait à la conclusion que les dispositions nationales en cause ne répondent pas à l'exigence du droit de l'Union tenant au caractère effectif et dissuasif des mesures de lutte contre la fraude à la TVA, il incomberait à cette juridiction de garantir le plein effet du droit de l'Union en laissant, au besoin, inappliquées lesdites dispositions (...), sans qu'elle ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celles-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »⁶⁹⁷.

Le revirement en matière d'effet direct - Ces quelques passages de l'arrêt surprennent, tout d'abord, en ce qu'ils constituent une rupture importante avec la jurisprudence précédente de la CJUE en matière d'effet direct.

⁶⁹⁴ Concernant la compétence de la Cour à connaître de cette affaire, le juge européen confirme la jurisprudence *Akerberg Fransson* (C-617/10), dans laquelle la CJUE a considéré que la réglementation sur la TVA rentre dans le cadre d'application du droit européen, puisque la TVA perçue par les Etats membres est par la suite reversée, selon le système des ressources propres, à Bruxelles. À noter que cette auto-attribution de compétence n'a pas été acceptée pacifiquement par l'ensemble des Etats. Suite à l'arrêt *Fransson*, le *Bundesverfassungsgericht* a réagi par une décision sur l'affaire dite « data base antiterrorisme » (BVerfG, 1 BvR, 1215/07 du 24 avril 2013), en menaçant la censure des actes *ultra vires*, lorsque la CJUE aurait insisté dans l'orientation jurisprudentielle affirmée dans ledit arrêt (note *RIDC*, n°3/2013, vol. 65, pp. 804-806). Cohérent avec cette position, le gouvernement allemand a présenté des observations dans l'affaire *Taricco*, en contestant la compétence de l'Union dans le domaine de la fraude fiscale.

⁶⁹⁵ Sur la subordination du principe de primauté à la reconnaissance de l'effet direct de la norme opérée par la CJUE dans l'arrêt *v. C. Bluman, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 804.

⁶⁹⁶ CJUE, 8 sept. 2015, *cit.*, par. 47.

⁶⁹⁷ Par. 49, arrêt *cit.*

Pour la Cour de justice, lorsque le juge italien considère que la répression de la fraude à la TVA est entravée par la réglementation sur l'interruption de la prescription, il peut, sans attendre ni l'intervention du législateur, ni celle de la Cour constitutionnelle, l'écartier et cela dans le seul but de protéger les intérêts financiers de l'Union⁶⁹⁸. L'effet d'une telle inapplication de la norme interne est de toute évidence *in malam partem* pour l'accusé, qui se voit priver, au cours de la procédure judiciaire, de son droit à bénéficier de l'extinction de l'action publique. Or, la Cour de justice tend à inscrire cette décision dans le cadre d'une jurisprudence consolidée, en se référant, notamment aux arrêts *Berlusconi e.a.*⁶⁹⁹ et *Küçükdeveci*⁷⁰⁰. En réalité, selon une partie importante de la doctrine italienne, l'arrêt *Taricco* trahit la doctrine de l'effet direct développée jusque-là par le juge communautaire. Il ignore en effet l'exigence d'assurer la protection des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et la nécessité, à travers celle-ci, de garantir l'effectivité de ce droit. L'objectif de l'arrêt *Van Gend & Loos*⁷⁰¹, fondateur en matière d'effet direct, est bien celui de permettre aux individus de faire valoir un droit subjectif de dérivation communautaire. Les arrêts successifs, *Costa c. Enel*⁷⁰², *Factortame*⁷⁰³ et le plus récent *Francovich*⁷⁰⁴ confirment que les juges nationaux ont la lourde tâche de garantir la protection juridictionnelle des individus en vertu des normes du droit de l'Union dotées d'un effet direct. Dans l'arrêt *Berlusconi et autres*⁷⁰⁵, la Cour précise encore que l'effet direct ne peut pas se produire au détriment d'un individu, en aggravant, notamment, la responsabilité pénale des accusés⁷⁰⁶. L'effet direct peut donc jouer à la seule faveur des citoyens, afin d'assurer la protection de leurs droits contre le comportement négligent de l'Etat.

À l'opposé de ces précédents, la décision *Taricco* sacrifie les individus sur l'autel des intérêts financiers de l'Union : ici c'est justement la négligence du législateur, notamment son inaction en matière de réforme de la prescription pénale, qui, sanctionnée par le juge européen, produit une aggravation de la situation juridico-pénale des individus. Pour une partie de la doctrine italienne, dans l'arrêt *Taricco* la CJUE affirme alors pour la première fois qu'une norme de rang primaire – l'art. 325 TFUE – produit un effet direct, tout au moins partiel⁷⁰⁷, vertical⁷⁰⁸, *in malam partem* pour les individus⁷⁰⁹. Il s'agit d'un revirement d'importance qui aurait nécessité d'une argumentation bien

⁶⁹⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

⁶⁹⁹ Arrêts C-387/02, C-391/02 et C-403/02, pt. 72.

⁷⁰⁰ Arrêt C-555/07, pt. 51.

⁷⁰¹ C- 26/62.

⁷⁰² C-6/64.

⁷⁰³ C-213/89.

⁷⁰⁴ C-6/90 et C-9/90. *JCP* 1992 II 21783, note A. Barav ; D. Simon, L. Dubouis, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA*, 1992, p. 1.

⁷⁰⁵ *Cit.*

⁷⁰⁶ V. en ce sens : CJUE 18 déc. 2014, avis 2/13.

⁷⁰⁷ L'art. 325 TFUE, dans l'interprétation de la CJUE dans l'affaire *Taricco*, produit l'effet d'évincer la règle nationale contraire, mais non pas celui de la substituer. V. en particulier les par. 50 et 51 de l'arrêt *Taricco*. Sur la distinction entre « effet direct partiel » et « effet direct total », v. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, Paris, Puf, 2008, p. 361.

⁷⁰⁸ À noter que la CJUE a déjà reconnu l'effet direct horizontal de normes des Traités, en relation aux rapports entre les individus (V. CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne*. Sur l'effet direct horizontal des principes généraux du droit de l'Union, qui ont le même rang que les traités, v. : CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, et 19 avril 2016, aff. C-441/14, *Dansk Industri*). Dans ces affaires, l'effet allait au détriment d'un sujet et au bénéfice d'un autre. Jamais jusqu'à l'arrêt *Taricco*, la CJUE n'a reconnu l'effet direct vertical à la faveur de l'Etat négligent et, de plus, en matière pénale.

⁷⁰⁹ C. Amalfitano, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia ? », *cit.*, p. 5 ; R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.* ; S. Catalano, « Il caso Taricco : una fuga in avanti », *cit.* ; D. Gallo, « La primazia del primato sull'efficacia (diretta ?) del diritto UE nella vicenda Taricco », *Sidiblog*, 25 fév. 2017,

plus approfondie, capable de définir les limites et la portée de l'évolution jurisprudentielle *post Van Gend Loos*⁷¹⁰.

L'arrêt apporte une innovation à la doctrine de l'effet direct à un second titre. Il attribue cet effet à l'article 325 TFUE, pourtant disposition générale et indéterminée sur la production des lois, adressée aux Etats membres. La norme indique, en effet, un standard de protection général et indéfini⁷¹¹ et pose à la charge des Etats une obligation de résultat⁷¹². Par conséquent, l'article 325 ne semble pas satisfaire les critères qui guident traditionnellement la jurisprudence européenne dans l'identification des normes produisant des effets directs⁷¹³. Certes, il ne faut pas oublier que les effets directs ne sont pas une caractéristique intrinsèque d'une norme⁷¹⁴, mais une qualité attribuée par la jurisprudence de la Cour de justice au gré des affaires. La Cour est donc libre d'élever au rang de norme produisant des effets directs l'article 325. Toutefois, cette nouvelle jurisprudence, créative et créatrice aurait exigé des argumentations longues et précises – et cela d'autant plus qu'elle porte atteinte aux droits individuels. À défaut, elle risque d'affaiblir la légitimité de la CJUE aux yeux des juges nationaux⁷¹⁵.

Compétences de l'UE en matière pénale - Quant à l'innovation sur le plan du droit matériel de l'Union, il est à souligner que jamais auparavant l'article 325 TFUE n'avait servi comme base légale pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union. Dans son arrêt, la CJUE indique clairement que « l'obligation des États membres de lutter contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures dissuasives et effectives (...) sont des obligations imposées, notamment, par le droit primaire de l'Union, à savoir l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE »⁷¹⁶. Pour satisfaire à cette obligation, la Cour de justice souligne que les Etats ne sont pas laissés complètement libres dans le choix des sanctions applicables : « Si les États membres disposent, certes, d'une liberté de choix des sanctions applicables, (...) des sanctions pénales peuvent cependant être indispensables pour combattre de manière effective et dissuasive certains cas de fraude grave à la TVA »⁷¹⁷. « D'ailleurs, il y a lieu de rappeler que, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la convention PIF, les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les comportements constitutifs d'une fraude portant atteinte aux intérêts financiers de

<http://www.sidiblog.org/2017/02/25/la-primazia-del-primato-sullefficacia-diretta-del-diritto-ue-nella-vicenda-taricco>. Daniele Gallo, en particulier, considère qu'implicitement la CJUE opère un revirement d'importance : la finalité de l'efficacité directe n'est plus la reconnaissance d'un droit, mais plutôt l'imposition d'une obligation. Sur cette tendance v. aussi : S. Robin-Olivier, « The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections », *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 165-188.

⁷¹⁰ En ce sens, D. Gallo, « La primazia del primato sull'efficacia (diretta ?) del diritto UE nella vicenda Taricco », *cit.*

⁷¹¹ Notamment, selon l'art. 325, 1^{er} al., les mesures prises pour combattre la « fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union » doivent être « dissuasives » et offrir « une protection effective » au sein des États membres et de l'UE.

⁷¹² Il s'agit d'adopter les mêmes mesures pour combattre la fraude fiscale sur le plan national et européen, art. 325, 2^e al.

⁷¹³ Notamment, les caractères clairs et précis de la norme, son caractère inconditionnel et l'absence de nécessité d'adopter de mesures complémentaires (CJEU, 4 déc. 1974, *van Duyn*, aff. 41/74 ; 19 janv. 1982, *Becker*, aff. 8/81 ; 19 nov. 1991, *Franovich e a.*, aff. réunies C-6/90 et C-9/90).

⁷¹⁴ Même les règlements et les décisions individuelles, qui en vertu de l'art. 288 TFUE sont directement applicables, produisent des effets directs de différente intensité. V. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen, op. cit.*, p. 364 et 367.

⁷¹⁵ R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.*, p. 6.

⁷¹⁶ Par. 50.

⁷¹⁷ Par. 39.

l'Union soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans le cas de fraude grave, des peines privatives de liberté »⁷¹⁸.

Selon la Cour de cassation italienne ainsi qu'une partie importante de la doctrine, cette interprétation normative attribue pour la première fois une compétence pénale directe à l'Union en matière de fraude fiscale⁷¹⁹. L'art. 83 TFUE prévoit que le Parlement européen et le Conseil peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave, statuant exclusivement par voie de directives. L'Union n'a donc qu'une compétence pénale indirecte dans des matières limitativement énumérées. L'article 325 TFUE, en revanche, ne prévoit aucune limite par rapport aux actes auxquels l'Union pourrait avoir recours pour protéger pénalement les intérêts financiers de l'Union. Erigé en base légale, l'art. 325 TFUE pourrait légitimer l'adoption de normes européennes directement applicables, comme les règlements, qui sont des instruments potentiels de compétence pénale directe.

Une CJUE arrogante ? - Ces innovations jurisprudentielles ne manquent pas d'être perçues par une majeure partie de la doctrine italienne comme des actes d'une grande arrogance. La CJUE est accusée de profiter de cette affaire pour empiéter sur les compétences souveraines des Etats, au détriment, de surcroît, des droits et des libertés⁷²⁰.

Toutefois, même si elles contribuent à alimenter les tensions⁷²¹, ces évolutions jurisprudentielles du droit de l'Union peuvent difficilement être contestées par les juges nationaux, puisqu'elles relèvent de la compétence de la CJUE⁷²². D'autres aspects de l'arrêt, en revanche, entrent directement en conflit avec les principes constitutionnels italiens et fondent alors l'opposition juridictionnelle nationale.

L'atteinte au principe de légalité - En premier lieu, la Cour de Luxembourg considère que l'inapplication *in malam partem* des dispositions sur la prescription n'est pas contraire au principe de légalité, sous l'angle de la prévisibilité de la sanction, garanti par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pour la CJUE, la prescription a en effet une nature purement processuelle. En d'autres termes, comme en droit pénal français, la prescription serait soumise au principe de l'immédiateté ne configurant pas « une condamnation des accusés pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction réprimée

⁷¹⁸ Par. 40.

⁷¹⁹ Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, 8 juill. 2016, *cit.*, p. 37-38 ; V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controlimiti », *cit.* ; A. Venegoni, « La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi », *Diritto penale contemporaneo*, 29 oct. 2015, <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4226> ; M. Caianiello, « *Dum Romae (et Brucellae) Consulitur...* Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level », *cit.*, p. 6.

⁷²⁰ Pour tous : R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.* ; M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*

⁷²¹ R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.*, p. 5 ; M. Bassini, « Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco », *Consulta online*, n°1/2016, <http://www.giurcost.org/studi/bassini.pdf>.

⁷²² La Cour de cassation, dans sa question préjudicielle de constitutionnalité relève bien deux anomalies relatives à la norme-paramètre, art. 325 TFUE : elle n'est pas une disposition pénale (Cour cass., 8 juill. 2016, *cit.*, p. 37) et c'est une norme programmatique qui ne peut pas *a priori* produire d'effet direct (Id., p. 39). La Cour constitutionnelle, en revanche, dans son renvoi préjudiciel ne fait aucune référence explicite à cette question (v. *infra*).

pénalement par le droit national, ni l'application d'une sanction qui, à ce même moment, n'était pas prévue par ce droit »⁷²³. Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale *in peius*, par conséquent, ne garantit pas les accusés lors de réformes législatives en la matière.

Ainsi, dans cette affaire, à la différence de l'arrêt *Melloni*⁷²⁴, la question n'est pas celle de la protection multi-niveaux des droits⁷²⁵. Pour le juge de l'Union, la réglementation italienne se situe tout simplement en dehors de la garantie du principe de légalité. Pour fonder son appréciation, en l'absence de précédents propres, la CJUE s'appuie sur la jurisprudence de la Cour EDH⁷²⁶, en se référant à l'arrêt *Coëme et a. c. Belgique*⁷²⁷. Or, cette décision concerne un système – le système belge –, qui attribue à la prescription une nature processuelle, alors qu'en Italie la prescription a une nature substantielle. En outre, le juge de Strasbourg reconnaît dans l'affaire la légitimité d'une réglementation nationale qui prolonge les délais de prescription des affaires en cours, alors que dans le cas *Taricco* l'inapplication de la norme sur l'interruption aurait pour effet de rendre impossible la prescription de la fraude. Les cas belge et italien ne sont donc pas analogues⁷²⁸. La faiblesse du fondement normatif de cette prise de position en matière de prescription active le sentiment d'humiliation ressenti par la doctrine⁷²⁹ et les juges italiens⁷³⁰, lesquels reprochent au juge européen de ne pas prendre en compte la tradition consolidée dans leurs pays et, de surcroît, de se fonder pour ce faire sur une argumentation juridique fragile.

L'imprécision des critères - En second lieu, la Cour de Luxembourg impose au juge national d'écarter la norme sur l'interruption de la prescription sur la base des critères suivants : lorsque « cette réglementation nationale empêcherait l'infliction de sanctions effectives et dissuasives dans un nombre considérable des cas de fraude grave »⁷³¹. Les juges italiens considèrent que ces critères sont hautement imprécis et contestent en conséquence la violation du principe de précision rédactionnelle de la loi pénale, lequel entraîne l'atteinte à d'autres principes constitutionnels, tels la séparation des pouvoirs, la soumission du juge exclusivement à la loi, les droits de la défense ou le principe d'égalité.

Une Cour « fermée » - La CJUE ne semble pas vouloir ou pouvoir prévoir un tel choc entre la culture juridique européenne et la culture italienne. Elle reste retranchée dans la logique de l'ordre

⁷²³ Par. 56.

⁷²⁴ CJUE, GC, 26 février 2013, *cit.*

⁷²⁵ La CJUE indique bien que « l'inapplication des dispositions nationales en cause aurait uniquement pour effet (...) de permettre une poursuite effective des faits incriminés » (par. 55).

⁷²⁶ En effet, en vertu de l'art. 53 de la Charte de Nice, les droits de la Charte protégés aussi par la Conv. EDH doivent être interprétés conformément à la jurisprudence de la Cour EDH.

⁷²⁷ CEDH, arrêt 22 juin 2000, recours n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96.

⁷²⁸ M. Bassini, « Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco », *cit.*, p. 99-100. De plus, l'analyse de la Cour EDH présente une complexité que la CJUE semble ignorer. Dans l'arrêt *Coëme et a. c. Belgique*, le juge de Strasbourg se préoccupe de souligner que « La question d'une éventuelle atteinte à l'article 7 par une disposition qui aurait pour effet de faire renaître la possibilité de sanctionner des faits devenus non punissables par l'effet d'une prescription acquise est étrangère au cas d'espèce » (pt. 14). Le principe de légalité ne semble donc pas être complètement étranger à la prescription pénale. Sans compter que l'exclusion de la prescription de la garantie de l'art. 7 Conv. EDH ne peut pas déterminer une mutation *in peius* du statut protecteur établi en droit national *ex art. 53* de la Convention EDH.

⁷²⁹ Massimo Luciani parle d'attitude « méprisante » de la part du juge européen. *Id.*, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*, p. 15.

⁷³⁰ Cour cass., 8 juill. 2016, *cit.*, p. 23-24.

⁷³¹ Par. 58. L'italique est de l'auteur.

juridique à laquelle elle appartient en exerçant sa compétence interprétative, sans s'inquiéter des effets de sa décision sur l'ordre constitutionnel italien. La primauté, l'effet direct, les intérêts financiers de l'Union sont les seuls enjeux de l'affaire pour le juge européen. En cela, la Cour confirme sa résistance traditionnelle à inclure dans ses jugements la prise en compte de l'impact constitutionnel des règles européennes⁷³². Or, c'est précisément cette attitude contre-productive qui exaspère les cours suprêmes nationales et qui trouble actuellement les rapports entre les systèmes⁷³³. Si des passerelles entre les systèmes ne sont pas construites, les conflits éclatent.

b. Une collaboration juridictionnelle constructive

Les effets de la décision de la Cour de justice ne se font pas attendre. À peine une semaine après, un conflit interprétatif des plus tendus se déclenche entre les juges nationaux.

La troisième section pénale de la Cour de cassation donne application à la « règle *Taricco* » de façon très extensive⁷³⁴. Le lendemain, la Cour d'appel de Milan considère, toute au contraire, que la décision *Taricco* est une menace pour les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel. Elle refuse de l'appliquer et saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, dans laquelle elle demande de faire prévaloir les normes constitutionnelles sur les normes européennes⁷³⁵. Face à l'insécurité juridique grandissante, la Cour de cassation suit cet exemple en juillet 2016⁷³⁶. Bien que l'invocation des « contre-limites »⁷³⁷ renvoie à la logique dualiste souple dessinée par la jurisprudence *Granital*, sa force subversive est ici tempérée par les juges italiens, qui considèrent les contre-limites comme une forme d'*actio finium regundorum*, capable de contribuer à la définition des compétences au sein de l'Union (b.1.). La Cour constitutionnelle, au lieu d'appliquer les contre-limites, saisit la CJUE d'une question préjudicielle⁷³⁸, et pose ainsi les jalons d'une théorie de l'intégration européenne bien différente, celle du pluralisme constitutionnel (b.2.).

b.1. La collaboration juridictionnelle via l'opposition des contre-limites

La Cour d'appel de Milan et la Cour de cassation refusent d'appliquer la solution de l'arrêt *Taricco*, en considérant que l'atteinte aux principes suprêmes de l'ordre constitutionnel ainsi qu'aux droits garantis par la Constitution est telle que toute action conciliatrice serait impossible. Elles

⁷³² Repetto

⁷³³ Rif a danimarca ecc.

⁷³⁴ Le juge de cassation établit que l'arrêt *Taricco* s'applique même aux accusés de procès en cours, pour lesquels la prescription s'est réalisée avant la décision de la CJUE. Le juge de cassation argumente en affirmant que l'interprétation de la Cour de justice a une nature « déclarative » et non pas « créative » : « elle interprète les normes communautaires originaires, comme elles sont au moment de leur approbation ». Par conséquent, les interprétations du juge européen ont une portée rétroactive, valable aussi pour les lois nationales approuvées entre la date d'émanation de la norme européenne et celle de la décision interprétative du juge européen. Cour cass., Sect. 3, arrêt n° 2210 du 17 sept. 2015, *Pennacchini*, cit.

⁷³⁵ Cour d'appel de Milano, Sect. II pénale, *ordinanza* n° 339/2015, cit.

⁷³⁶ Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, cit.

⁷³⁷ Le terme « *controlimite* » a été élaboré par la doctrine italienne à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle *Frontini et Pozzani*, cit. (v. P. Barile, « Il cammino comunitario della Corte », *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2417). Il renvoie à la théorie selon laquelle il est possible pour un Etat, dans certaines conditions, de « contre-limiter » l'étendu de la limitation de souveraineté qui dérive de son adhésion à une organisation supranationale. Ce terme a été utilisé par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°238/2014.

⁷³⁸ Cour const., *ordinanza* n°24/2017 (audience le 23 nov. 2016, déposée le 26 janv. 2017), <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

excluent ainsi la possibilité d'une interprétation conforme, ainsi qu'un renvoi préjudiciel à la CJUE, afin de mieux éclairer l'interprétation de l'art. 325 TFUE.

La nature de la prescription - L'argument juridique utilisé tourne autour des différentes conceptions de la nature de la prescription de l'action publique dans les deux systèmes. Si pour la Cour de justice la prescription a une nature procédurale et ne bénéficie pas de la garantie de l'article 49 de la Charte de Nice, en Italie, en revanche, la prescription pénale a un caractère substantiel, en vertu d'une orientation « de droit vivant »⁷³⁹. La doctrine et la jurisprudence majoritaire considèrent en effet la prescription comme inhérente à l'incrimination de l'accusé⁷⁴⁰. En ce sens, l'écoulement du temps n'a pas pour seule conséquence l'extinction de l'action publique : il élimine complètement l'incrimination. C'est donc une cause de renonciation totale de l'État à l'exercice de son pouvoir de punition⁷⁴¹. Cet effet s'explique par l'intérêt général de ne plus poursuivre les délits pour lesquels l'écoulement du temps « a réduit l'alarme de la conscience commune » et par rapport à la difficulté survenue d'acquiescer les preuves⁷⁴². En outre, la finalité de la peine, qui est celle de la rééducation du condamné⁷⁴³, serait atteinte dans sa valeur téléologique si un écart trop important existait entre la punition et les faits incriminés. Par conséquent, la Cour constitutionnelle a systématiquement considéré que le principe de légalité en matière pénale, affirmé à l'article 25, 2^e al. de la Constitution italienne⁷⁴⁴, interdit la rétroactivité *in peius* non seulement des normes relatives aux délits et aux peines, mais aussi des dispositions relatives à la procédure d'incrimination, dont celles relatives à la prescription⁷⁴⁵.

Or, l'arrêt *Taricco* induit l'inapplication rétroactive, *in peius*, des normes sur l'interruption de la prescription⁷⁴⁶, et entre ainsi en conflit direct avec le principe constitutionnel de légalité. C'est ce qui a motivé la Cour d'Appel de Milan à soulever une question préjudicielle de constitutionnalité pour violation de ce principe⁷⁴⁷. La Cour de cassation, en juillet 2016, va plus loin et réfléchit à l'ensemble des menaces dérivant de l'application de l'arrêt européen. Elle développe ainsi une théorie des « contre-limites » qui, bien que liée à une vision foncièrement dualiste, entend être un apport à la construction européenne.

⁷³⁹ Cour d'appel de Milan, *cit.*, §6, p. 14. Il s'agit d'une jurisprudence consolidée de la Cour de cassation (Cour cass., sect. 1, arrêt n°43853, 24 sept. 2013, Rv. 25844 ; sect. 6, arrêt n°10284, 22 janv. 2014, Rv. 259445) et de la Cour constitutionnelle (*infra*).

⁷⁴⁰ Cour d'appel Milan, *cit.*, pt. 6, p. 14 ; Cour Cass., sect. 3, *cit.*, pt. 4.2.3, p. 26. A noter que la position de la jurisprudence italienne n'est pas majoritaire en Europe. La plupart des ordres juridiques reconnaissent la nature processuelle et non pas substantielle de la prescription de l'action publique. C'est le cas, par exemple, de la France. En vertu de l'art. 112-2, 4^o du Code pénal, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines sont des lois de forme et, en tant que telles, sont applicables immédiatement. Ces lois peuvent donc concerner des infractions ou condamnations antérieures à leur entrée en vigueur, à la condition que les prescriptions ne soient pas déjà acquises. À la différence du système pénal italien, en France, le délinquant ne peut contester l'aggravation de sa situation par une loi nouvelle puisque en matière de prescription il n'a « qu'une simple expectative, non un droit acquis ». Le droit à la prescription ne peut être revendiqué tant que celle-ci n'est pas réalisée. V. : R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 380 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, p. 140.

⁷⁴¹ V. Cour Cass., Sect. I, arrêt n° 7442, 8 mai 1998.

⁷⁴² Cour const., arrêt n°202/1971 ; arrêt n°254/1985 ; ordonnance n° 337/1999.

⁷⁴³ Affirmée à l'art. 27 C.

⁷⁴⁴ « Nul ne peut être puni, si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant que le fait soit commis ».

⁷⁴⁵ Cour const., arrêts n°455/1998 ; n°85/1998 ; n°393/2006 ; ordonnances n°317/2000, n°288/1999, n° 51/1999, n°219/1997, n° 294/1996, n° 137/1996.

⁷⁴⁶ La CJUE, toutefois, ne spécifie pas si la rétroactivité touche aussi les cas de prescription déjà réalisée.

⁷⁴⁷ Cour cass., *cit.*, pt. 6, p. 15.

La théorie des contre-limites - Barrage juridique ultime érigé pour protéger les fondements de l'identité constitutionnelle⁷⁴⁸ de l'État, la doctrine des contre-limites avait déjà été appliquée à deux reprises par la Cour constitutionnelle italienne⁷⁴⁹, mais jamais à l'encontre du droit de l'Union⁷⁵⁰. Cette hypothèse apparaissait du reste très lointaine, eu égard à l'adhésion de l'Union européenne aux principes fondamentaux de l'État de droit.

La Cour d'appel de Milan et la Cour de cassation font s'effondrer cette confortable présomption et demandent à la Cour constitutionnelle d'opposer une « contre-limite » aux limitations de souveraineté dérivant de l'adhésion de l'Italie à l'ordre de l'Union européenne (art. 11 C). Techniquement, la Cour constitutionnelle apprécie la conformité des normes du Traité FUE via la loi interne d'exécution de ce dernier⁷⁵¹. Ainsi, la question préjudicielle de constitutionnalité concerne l'article 2 de la loi n°130 du 2 août 2008 qui ratifie et donne exécution au Traité de Lisbonne, « dans la partie qu'impose d'appliquer l'art. 325 TFUE. De cet article, selon l'interprétation fournie par la Cour de justice dans l'arrêt *Taricco*, dérive (en effet) l'obligation pour le juge national d'écarter l'art. 160, dernier al., et l'art. 161, 2^e al. du code pénal, (...) et cela même si l'inapplication produirait des effets défavorables pour l'accusé »⁷⁵². L'article 2 de la loi de 2008, en tant que norme interne interposée, serait donc en conflit avec les articles 3, 11, 24⁷⁵³, 25 2^e al., 27 3^e al., 101 2^e al. de la Constitution italienne.

Pour la Cour de cassation, la raison de l'opposition des contre-limites est fondée sur le choc culturel sans solution que le conflit normatif ouvert par l'arrêt *Taricco* génère entre la tradition civiliste italienne et la tradition de *common law* de l'ordre de l'Union⁷⁵⁴. Il s'agit d'atteintes qui concernent l'organisation des sources du droit italienne, le rôle des juges dans l'ordre interne et la conception d'un droit pénal humaniste. Des atteintes tellement graves qu'elles excluent de pouvoir

⁷⁴⁸ « Les éléments identitaires essentiels de l'ordre constitutionnel », selon l'expression utilisée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°238/2014, § 3.1.

⁷⁴⁹ La première fois, la doctrine a été appliquée pour s'opposer à des normes du Concordat avec l'Eglise catholique, portant atteinte au droit de tous à la protection juridictionnelle *ex art.* 24 C (Cour const., n°18/1982). La deuxième fois, la Cour constitutionnelle italienne, dans l'arrêt n° 238 du 22 octobre 2014 a écarté de l'ordonnancement, pour violation des articles 2 et 24 de la Constitution, une règle de droit international généralement reconnue, à savoir l'immunité de juridiction civile des États pour des actes *jure imperii* commis par des États étrangers en violation grave du droit international. Avec cette décision, elle a également annulé, les normes législatives obligeant à se conformer à l'arrêt de la Cour internationale de Justice qui affirmait cette immunité (c'est-à-dire, les règles générales d'exécution de la Charte des Nations Unies, dans la mesure où elles sont applicables à cet arrêt spécifique du juge international, ou les normes spéciales adoptées en 2013 pour l'exécution de cet arrêt). V. D. Tega, « De la souveraineté des États à celle des droits ? (à propos de l'arrêt n° 238 de 2014) », *La Lettre d'Italie*, n°6, mars 2015, pp. 3-5 ; C. Zanghi, « Une nouvelle limitation à l'immunité de juridiction des Etats dans l'arrêt n°238 de 2014 de la Cour constitutionnelle italienne », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015/1, p. 1-14.

⁷⁵⁰ Cette doctrine a toutefois déjà été invoquée par rapport au droit de l'Union, sans succès, en 1989 par un juge *a quo* via une question préjudicielle de constitutionnalité (Cour const., arrêt n°232/1989). En outre, dans l'arrêt n°238/2014 *cit.*, la Cour constitutionnelle rappelle son pouvoir d'opposer les contre-limites également à l'encontre des normes de l'Union européenne contraires aux principes suprêmes et aux droits inviolables des individus (§ 3.1).

⁷⁵¹ Cour const., arrêts n° 183/1973 et 170/1984.

⁷⁵² Cour cass., *cit.*, p. 53 ; Cour d'appel de Milan, *cit.*, p. 17.

⁷⁵³ La violation du principe de non-rétroactivité *in peius* entraîne, en effet, pour la Cour suprême l'atteinte à deux autres principes constitutionnels : le droit de la défense (art. 24 C), en ce que les accusés ne pourront plus choisir la stratégie processuelle plus favorable, pour laquelle ils auraient opté s'ils avaient été en connaissance de la règle *Taricco* dès le début de la mise en examen ; et le principe d'égalité (art. 3 C), puisque ceux qui se trouvent dans une situation analogue, mais qui ont encore le temps de choisir une stratégie processuelle adaptée, bénéficieront d'un traitement différencié. Cour cass., *cit.*, pt. 4.3, p. 31.

⁷⁵⁴ V. Partie I.

donner une interprétation constitutionnellement conforme à l'obligation établie par la Cour de justice⁷⁵⁵.

L'actio finium regundorum – Toutefois, si la question préjudicielle de constitutionnalité des deux Cours italiennes manifeste une certaine résistance à l'ordre européen, elle n'est toutefois l'expression ni d'une négation ni d'un rejet du processus d'intégration européenne. La Cour de cassation italienne l'exprime clairement : « L'opposition des contre-limites n'entend pas déclencher des guerres entre les Cours et les ordres juridiques. Il s'agit d'une *actio finium regundorum* physiologique entre l'ordre national et l'ordre supranational, dans le processus complexe et multifactoriel d'intégration européenne »⁷⁵⁶.

Les contre-limites sont ainsi conçues comme un instrument permettant de résoudre des conflits de compétences. La référence à l'ancienne *actio* romaine, qui délimitait les frontières entre deux propriétés, rappelle à l'ordre supranational que les États adhérents ont « limité » et non pas « cédé » leur souveraineté. En cela la détermination des compétences respectives est une exigence « physiologique » dans le cadre d'un système intégré. Puisqu'il y a eu limitation et non pas cession, les États ont le droit de s'opposer à l'intégration de règles qui risqueraient de dénaturer les valeurs qui inspirent les règles du vivre ensemble national. Cela n'empêche pas que le recours aux contre-limites soit une phase d'avancement positive du processus complexe de construction européenne. Un instrument servant à préciser les compétences dans le cadre d'une organisation qui fait de la prise en compte des traditions juridiques des pays membres sa force et son identité⁷⁵⁷.

En cela, la doctrine des contre-limites dévoile sa nature d'instrument paradoxal d'intégration. En effet, en ce qui concerne le droit communautaire, depuis la jurisprudence *Granital*, la théorie des contre-limites a fini par légitimer son expansion et consacrer sa primauté en droit interne⁷⁵⁸. Au lieu de jouer un rôle de résistance, elle a joué un rôle pédagogique : la défense d'un noyau dur de droits inviolables par la menace d'un refus de transposition a servi, d'une part, à stimuler le développement d'un système communautaire de protection des droits fondamentaux et, d'autre part, à construire ce système sur la base des traditions constitutionnelles communes⁷⁵⁹. Les situations de violation grave des droits fondamentaux se sont révélées être très rares, ce qui a permis aux juges ordinaires de faire systématiquement primer le droit communautaire, en parvenant, dans les faits, à une intégration très importante de ce droit dans l'ordre interne⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ Cour cass., *cit.*, pt. 4.2.5., p. 29 ; Cour d'appel de Milan, *cit.*, pt. 6, p. 15. En vertu de la jurisprudence constitutionnelle, le juge national en cas de doute sur la compatibilité d'une norme européenne avec un droit fondamental doit saisir la CJUE d'une question préjudicielle. Une fois l'arrêt européen rendu, il doit évaluer si le conflit demeure et il pourra éventuellement saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle (Cour const., arrêt n°509/1995). En l'espèce, la Cour d'Appel et la Cour de cassation ont considéré la violation manifeste et exclu toute possibilité de conciliation. Pour cette raison, elles n'ont pas saisi le juge européen, mais directement le juge constitutionnel.

⁷⁵⁶ Cour cass., *cit.*, p. 51.

⁷⁵⁷ Art. 4, 2^e al. et 6, 3^e al., TUE.

⁷⁵⁸ En revanche, lorsqu'il s'agit de systèmes de droit international, les contre-limites ont bien joué le rôle « attendu » de défense souverainiste, en faisant barrage à la transposition de certaines normes supranationales en droit interne, v. Cour const., arrêt n°18/1982, vis-à-vis du Concordat avec le Vatican et arrêt n° 238/2014, vis-à-vis de la Charte des Nations Unies (D. Tega, « De la souveraineté des États à celle des droits ? (à propos de l'arrêt n° 238 de 2014) », *La Lettre d'Italie*, n°6/2015, pp. 3-5).

⁷⁵⁹ F. Fontanelli, G. Martinico, « Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello », *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2008, p. 376.

⁷⁶⁰ M. Luciani, « I controlimiti e l'eterogenesi dei fini », *Questione giustizia*, 1/2015, p. 89.

Ainsi, maintenant que le droit de l'Union apparaît comme très avancé dans la protection des droits, la théorie des contre-limites joue désormais un rôle dans le cadre de conflits provoqués non plus par l'absence de protection au niveau supranational (affaire *Frontini*), mais en raison d'éventuelles divergences entre les sources nationale et européenne.

Dans l'affaire *Taricco*, la Cour de cassation invoque les contre-limites pour défendre une tradition constitutionnelle considérée comme spécifique, qui a le droit d'exister en raison de la répartition des compétences entre les États membres et l'Union.

La Cour constitutionnelle fait évoluer encore le sens de la doctrine des contre-limites, en la détachant ultérieurement de la logique dualiste au sein de laquelle elle a été conçue, pour la transposer dans le nouveau cadre conceptuel du pluralisme constitutionnel.

b.2. La collaboration juridictionnelle dans la perspective du pluralisme constitutionnel

À la suite des saisines de la Cour d'appel de Milan et de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle italienne décide de ne pas trancher dans l'immédiat, mais de poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁶¹.

Le choix du renvoi préjudiciel - Le simple fait d'avoir choisi l'instrument du renvoi préjudiciel manifeste la volonté de la Cour italienne de collaborer avec le juge européen pour surmonter, ensemble, le conflit normatif provoqué par l'affaire *Taricco*. En effet, le juge constitutionnel aurait pu opter pour bien d'autres solutions. Il aurait pu trancher en faveur du conflit direct. Notamment, en allant dans le sens des juges *a quo* et d'une bonne partie de la doctrine⁷⁶², il aurait pu considérer que l'art. 325 TFUE, dans l'interprétation fournie par l'arrêt *Taricco*, porte atteinte à des principes suprêmes et ne peut donc pas être appliqué dans l'ordre juridique italien. Il aurait également pu choisir la voie allemande. Le *Bundesverfassungsgericht* dans l'arrêt du 15 décembre 2015⁷⁶³ applique les contre-limites, mais il le fait « en douce ». Il fait primer l'identité constitutionnelle allemande sur l'arrêt *Melloni* de la CJUE⁷⁶⁴, dont l'application en droit interne est rejetée, en passant par une interprétation conjointe du droit allemand et du droit de l'Union. Le juge constitutionnel montre une déférence apparente pour le droit de l'Union, tout en le neutralisant par une interprétation qui

⁷⁶¹ Cour const., *ordinanza* n°24/2017 (audience le 23 nov. 2016, déposée le 26 janv. 2017), <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Il s'agit de la troisième question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle italienne à la CJUE. Les deux précédentes sont : l'ord. n°103/2008 qui pose une question dans le cadre d'un jugement par voie principale (issu d'un conflit entre l'Etat et la région Sardaigne) ; et l'ord. n°207/2013 qui soulève une question dans le cadre d'un contrôle incident de constitutionnalité. Sur les raisons de la réticence originaire de la Cour constitutionnelle italienne à recourir au renvoi préjudiciel v. G. Repetto, « Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court », *German Law Journal*, vol. 16, n°6, 2015, pp. 1449-1470.

⁷⁶² En ce sens, *ex plurimis* : M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*, p. 20 ; C. Cupelli, « Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale », *Rivista AIC*, n°3/2016, 18 juill. 2016, p. 23 ; V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controlimiti », *cit.* ; S. Bissaro, « I nodi della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco », *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/bissaro.pdf> ; S. Catalano, « Il caso Taricco : una fuga in avanti », *cit.* ; C. Sotis, « Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco », *cit.*

⁷⁶³BvR 2735/14 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html ; déc. publiée le 26 janvier 2016 (Pressemitteilung Nr. 4/2016).

⁷⁶⁴ CJUE, GC, 26 février 2013, *cit.*

renverse, dans les faits, la lecture de la Cour de justice⁷⁶⁵. Dans les deux cas, la résolution du conflit se fait en interne ; elle est trouvée en dehors de tout dialogue, de toute confrontation avec la Cour de justice⁷⁶⁶.

Or, la Cour constitutionnelle italienne inaugure une nouvelle voie pour la résolution des conflits « existentiels », c'est-à-dire des conflits impliquant des principes nationaux supra-constitutionnels, qui ne cèdent pas face au droit de l'Union. La « voie italienne » est celle du dialogue⁷⁶⁷. La Cour constitutionnelle, convaincue de l'inapplicabilité de la règle *Taricco* en droit interne⁷⁶⁸, saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle, dans laquelle elle explique les termes du conflit et interroge le juge européen sur la possibilité de fournir une interprétation différente de l'art. 325 TFUE, compatible avec le principe de légalité en matière pénale⁷⁶⁹. Comme il l'avait préconisé Joseph H. H. Weiler en 1999, la question préjudicielle se présente alors ici plus comme une « proposition de solution », que comme une véritable « question »⁷⁷⁰. Mais encore, la question préjudicielle est l'occasion pour le juge constitutionnel d'apaiser les conflits internes qui étaient nés et d'expliquer à la doctrine et aux juges nationaux les fondements juridiques et théoriques de la nouvelle démarche de collaboration constructive avec la Cour de justice de l'Union. Une seule question, donc, mais plusieurs finalités et plusieurs interlocuteurs.

Les interlocuteurs nationaux - Concernant d'abord les interlocuteurs nationaux, la Cour constitutionnelle surmonte les arguments de la Cour de cassation relatifs à une prétendue incompatibilité culturelle entre les ordres interne et européen, en mettant en avant la perspective pluraliste commune qui lie les deux systèmes.

La *Consulta* souligne l'adhésion de l'Union au principe du pluralisme, et donc sa prédisposition ontologique à inclure et à valoriser la diversité. En ce sens, elle énonce clairement les termes du pacte européen : respect et assistance réciproque entre les États membres et l'Union ; union des parties dans le respect de la diversité de chacune. En d'autres termes, la clé du succès de l'intégration européenne réside, pour la Cour italienne, dans l'atteinte d'un équilibre, toujours renouvelé, entre la préservation de la diversité des États, gage de respect réciproque, et la défense de l'unité dans le but de construire « un futur de paix, fondé sur des valeurs communes »⁷⁷¹. Pour

⁷⁶⁵ A. Gaillet, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen », *cit.*

⁷⁶⁶ Les contre-limites ont été appliquées aussi par la Cour constitutionnelle de la République Tchèque en 2012. Ce précédent présente toutefois des caractéristiques très particulières, puisque l'enjeu du conflit était interne. La question qui a conduit à la « rébellion » des juges de Brno était issue d'un conflit institutionnel très dur entre la Cour constitutionnelle, le Parlement, le Gouvernement et le juge administratif et elle concernait le cas très spécifique de la séparation pacifique entre les deux composantes d'un Etat unitaire. V. : J. Komarek, « Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution », *Eutopia Law*, 28 fév. 2012 ; L. Pitrova, « The Judgment of the Czech Constitutional Court in the "Slovak Pensions" Case and its possible Consequences », *www.ilaw.cas.cz/tlq*, 2013, n°2, 101.

⁷⁶⁷ Parmi les différents auteurs qui sont intervenus sur l'affaire *Taricco*, seule une européenne, Chiara Amalfitano avait préconisé cette solution, avant que l'ordonnance de la Cour ne soit rendue : *Id.*, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza *Taricco* e le sue ricadute sul principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia ? », *cit.*

⁷⁶⁸ « Si l'application de l'art. 325 TFUE comportait l'entrée dans l'ordre juridique d'une règle contraire au principe de légalité en matière pénale (...) cette Cour aurait *le devoir* de l'empêcher », (italique par l'Auteur), ord. n°24/2017, *cit.*, pt. 2, p. 4.

⁷⁶⁹ Cour const., ord. n°24/2017, pt. 3, p. 4. Face aux différents motifs d'inconstitutionnalité soulevés par la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle se concentre sur celui de la légalité pénale.

⁷⁷⁰ Cité supra. Cité par D. Tega, « Il superamento del modello Granital », in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 27 janvier 2020, http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/tega_scrittiCostanzo.pdf

⁷⁷¹ Pt. 6, p. 7.

la *Consulta*, l'unité dans un cadre pluraliste dépend de la capacité du système d'inclure « un taux de diversité *a minima* »⁷⁷². La diversité est en effet nécessaire pour assurer l'existence, à la fois, des États membres et de l'Union, étant donné que celle-ci trouve son origine dans les différents fondements constitutionnels des États.

Dans un second temps, la Cour constitutionnelle définit les termes de la collaboration entre les juridictions nationales et supranationales. Cela était fort nécessaire puisque certains auteurs de la doctrine italienne, cités d'ailleurs lors de l'audience devant la Cour par les avocats des parties⁷⁷³, avaient accusé la Cour de justice d'avoir adopté l'arrêt *Taricco* en ignorant sciemment la réalité du droit italien. Le sentiment d'orgueil national lésé, qui semblait avoir envahi la société juridique italienne depuis l'arrêt *Taricco*, exigeait donc une prise de position de la part de la *Consulta*⁷⁷⁴. Pour qu'il y ait intégration européenne, il faut, en effet, que l'ensemble des acteurs juridiques nationaux soit, si non entièrement persuadé, tout au moins non hostile à ce processus.

Consciente de cet enjeu, la Cour constitutionnelle, dans son ordonnance, explique que la fonction de la Cour de justice se limite à l'interprétation du droit européen et à la définition de son champ d'application. Le juge européen ne saurait donc « être chargé ultérieurement de la tâche d'apprécier dans les détails si [le champ d'application du droit de l'Union] est compatible avec l'identité constitutionnelle de chaque État membre ». Par conséquent, « *il est raisonnable de s'attendre à ce que, dans les cas où l'appréciation n'est pas d'une évidence immédiate, le juge européen établisse la signification de la réglementation européenne et remette aux autorités nationales la vérification du respect des principes suprêmes de l'ordre national* »⁷⁷⁵.

L'interlocuteur européen – Ensuite, en s'adressant à la Cour de justice de l'Union, la Cour constitutionnelle, d'une part, précise le contexte juridique en la matière - qui avait été illustré de façon maladroite par le juge de Cuneo – et, d'autre part, tout en expliquant les raisons de principe qui peuvent conduire à l'opposition des contre-limites, propose une solution permettant de concilier les deux ordres juridiques. Par ce biais, elle impose un changement de perspective : dans ses arguments, elle quitte le seul espace particulier, national, pour embrasser en même temps l'espace culturel commun, européen.

⁷⁷² *Ibid.*

⁷⁷³ Pendant l'audience du 23 novembre 2016, les avocats des parties, afin de soutenir les raisons de l'application des contre-limites, ont cité la doctrine, et notamment le professeur Massimo Luciani, président de l'Association italienne des constitutionnalistes, qui était d'ailleurs présent dans la salle. V. M. Luciani, « Il risveglio brusco », *cit.*

⁷⁷⁴ La pensée de Massimo Luciani sur la théorie des contre-limites a fortement influencé l'ordonnance de la Cour de cassation du 8 juillet 2016. La Cour suprême reprend en effet presque mot à mot la réflexion du juriste sur la justification des contre-limites en tant que sauvegarde du principe de la souveraineté populaire. V. : M. Luciani, « Il brusco risveglio », *cit.*, pp. 6-8 et Cour cass., ord. *cit.*, pt. 4.1, p. 22. Il est à noter que l'osmose entre la doctrine et les juridictions est très importante en Italie.

⁷⁷⁵ Pt. 6, p. 8 (l'italique est de l'auteur). Certes, cela relève de l'évidence pour les européenistes : en vertu de l'article 267 TFUE, la CJUE détient le monopole d'interprétation du droit de l'Union ; en revanche elle est incompétente en matière de droit national. C'est bien le juge national qui, dans la question préjudicielle, doit définir « le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions » (CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, C-320/90, C-321/90 e C-322/90) et qui, par la suite, doit interpréter le droit interne à la lumière de l'interprétation du droit de l'Union donnée par la CJUE (Ce partage de compétences se retrouve tout particulièrement dans l'arrêt de la Cour de Justice du 22 juin 2010 *Melki et Abdeli*, C-188/10). En cas de problème d'application pour cause d'incompatibilité, comme cela s'est produit en l'espèce, le juge national peut poser une question préjudicielle, afin d'alerter le juge européen (art. 104, par. 2 du règlement de procédure de la Cour de Justice)

Un changement de perspective - En ce sens, la *Consulta* montre que la règle Taricco ne porte pas seulement atteinte à l'identité italienne, et donc à la souveraineté nationale, mais aussi à des principes partagés au sein des États membres et de l'ordre européen dans son ensemble⁷⁷⁶. Si le conflit est bien là pour la Cour, la terminologie change, par rapport, par exemple, à la question préjudicielle posée par le Tribunal allemand dans l'affaire *Gauweiler*⁷⁷⁷. L'« identité constitutionnelle » cède le pas aux « traditions constitutionnelles communes des États membres »⁷⁷⁸. Ainsi, la question préjudicielle ne concerne plus exclusivement la compatibilité de l'art. 325 TFUE avec le principe constitutionnel italien de légalité en matière pénale, mais aussi sa conformité avec les principes analogues, contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union et dans les traditions constitutionnelles communes des États membres⁷⁷⁹.

La solution du conflit - Pour résoudre le conflit, la Cour constitutionnelle invite alors la Cour de justice de l'Union à revenir sur l'interprétation de l'article 49 de la Charte, et à étendre la portée de l'art. 49 de la Charte de Nice jusqu'à inclure, dans l'interdiction de rétroactivité, non seulement les éléments qui définissent les délits et les peines, mais aussi toutes les dispositions qui, en droit national, fondent ou excluent l'exercice du *jus puniendi*. En d'autres termes, le juge européen est invité à incorporer les principes protégés par la contre-limite au sein du système juridique de l'Union, en tant que principes généraux de droit, sur la base de l'art. 52 par. 4⁷⁸⁰. En cas contraire, la perspective de l'opposition des contre-limites est évoquée⁷⁸¹.

Cette solution est fort probablement inspirée des réflexions du juge et professeur Marta Cartabia qui, dans un écrit de 2002, avait déjà eu l'occasion d'observer que dans le cadre renouvelé de la protection européenne des droits, la doctrine des contre-limites ne devait plus être utilisée de façon « statique », comme « ultime défense de l'ordre national », mais plutôt de façon « dynamique », comme un instrument permettant d'établir « un raccord » entre les systèmes afin de « garantir la protection la plus élevée des droits fondamentaux »⁷⁸².

En effet, au lieu de suivre la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle a préféré utiliser la menace des contre-limites comme un argument constructif dans son échange avec la CJUE. En ce sens, elle a argué de la nécessité pour la CJUE, à la fois, de respecter la diversité des traditions constitutionnelles de chaque État et de s'inspirer de la plus grande protection des droits fondamentaux en droit italien pour étendre la protection au niveau européen. La théorie des contre-limites n'est plus alors un moyen au service d'une conception dualiste des relations entre les systèmes, mais un mécanisme permettant d'accroître l'intégration européenne en matière de protection des droits, à l'aune du principe du pluralisme⁷⁸³.

⁷⁷⁶ En ce sens, M. Bassini, O. Pollicino, « The Taricco Decision : A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution », *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>

⁷⁷⁷ CJUE, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. contre Deutscher Bundestag*, C-62/14.

⁷⁷⁸ La statistique des récurrences est très parlante. La Cour constitutionnelle fait référence aux « traditions constitutionnelles » à sept reprises. En revanche, elle ne se réfère que trois fois à la notion d'identité constitutionnelle ou nationale.

⁷⁷⁹ Cour const., ord. *cit.*, pt. 3, p. 4.

⁷⁸⁰ Sur le critère *v. infra*.

⁷⁸¹ Ord. *cit.*, pt. 9, p. 11.

⁷⁸² M. Cartabia, A. Celotto, « La Giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza », *Giur. cost.*, 2002, p. 4502.

⁷⁸³ Nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, « Du dualisme au pluralisme, la protection intégrée des droits fondamentaux en Italie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Intégration et droits de l'homme*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 179-196.

Un conflit constructif - En conclusion, bien que le renvoi préjudiciel de la *Consulta* ait été interprété par certains plutôt comme un *ultimatum*, à notre avis, il ne participe pas à la tendance anti-européaniste ambiante⁷⁸⁴ et il s'inscrit bien dans le rôle propre au juge national en tant que juge européen de droit commun⁷⁸⁵. La fonction du renvoi préjudiciel est celle de tenter de réaliser des convergences, face à un conflit normatif, dans le respect réciproque des points de vue. Par conséquent, les dialogues inter-juridictionnels peuvent et doivent aussi être musclés pour être constructifs⁷⁸⁶. Les tensions normatives et politiques déclenchées par l'arrêt *Taricco* ne devaient pas être cachées. Au contraire, la Cour constitutionnelle a eu raison de les mettre sur la table et d'indiquer le point de rupture, au-delà duquel la conciliation ne pouvait pas se réaliser.

Au contraire, il s'agit à notre avis d'une sonnette d'alarme qui, en réaction aux forces centrifuges, est tirée à l'intention de la Cour de justice afin que celle-ci collabore avec les instances nationales dans deux directions : en réalisant une intégration européenne respectueuse de la diversité des traditions nationales ; en faisant évoluer l'intégration européenne dans le sens de la garantie maximale des droits et des libertés. En cela la question préjudicielle de la Cour constitutionnelle italienne de 2017 représente, en quelque sorte, une prolongation du conflit constructif débuté dans les années 1970 entre la Cour de justice et les instances nationales, tout particulièrement allemandes et italiennes, autour de l'exigence d'élever le niveau de protection des droits dans l'Union⁷⁸⁷.

La réponse de la CJUE – La réponse positive et conciliante de la Cour de justice dans l'arrêt *M.A.S.* confirme la réussite de l'approche adoptée par la Cour constitutionnelle italienne dans son ordonnance. En renvoyant à la partie successive l'analyse détaillée de cette jurisprudence, nous nous limitons ici à observer que la Cour de justice introduit une exception à la règle *Taricco* en soulignant la convergence des sources nationale et européennes dans la détermination du principe de légalité en matière pénale. Le juge de l'Union montre ainsi d'adhérer substantiellement à la

⁷⁸⁴ Michele Caianello et Antonio Ruggeri considèrent au contraire que l'ordonnance de la Cour constitutionnelle participe de cette tendance au repliement identitaire et au désaveu du projet européen. M. Caianello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea », *cit.*, p. 21-22 ; A. Ruggeri, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco », *cit.*, pp. 83-84.

⁷⁸⁵ En ce sens aussi l'européaniste Chiara Amalfitano qui considère le choix de la Cour courageux « bien qu'il pose des questions nettes ». Id., « La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia : qualche breve riflessione a caldo », *Eurojus*, <http://rivista.eurojus.it/la-vicenda-taricco-nuovamente-al-vaglio-della-corte-di-giustizia-qualche-breve-riflessione-a-caldo/>; G. Repetto, « Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco », *Diritti comparati*, 20 fév. 2017, <http://www.diritticomparati.it/2017/02/una-ragionevole-apologia-della-supremacy-in-margine-allordinanza-della-corte-costituzionale-sul-caso.html> ; M. Bassini, O. Pollicino, « The Taricco Decision : A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution », *cit.*

⁷⁸⁶ Sur l'apport bénéfique du conflit dans l'espace constitutionnel européen v. : G. Martinico, « The Polemical Spirit of European Constitutional Law : On the Importance of Conflicts in EU Law », *German Law Journal*, n°6, vol. 16, 2015, p. 1343-1374.

⁷⁸⁷ Sollicitée par les jurisprudences constitutionnelles des États à renforcer la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen (déc. *Solange 1* de la 2^e chambre du 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271, RTDE, 1975, p. 316 ; Cour const. it., arrêt n°183/1973, *Frontini*, 27 déc. 1973), la Cour de justice des communautés européennes a inauguré une jurisprudence capable de répondre à ces exigences (v. CJCE, 12 nov. 1968, *Stauder*, aff. 29/69 ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73). Pour une réflexion sur la portée des droits fondamentaux dans le processus d'intégration européenne v. V. Champeil-Desplats, « Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE », in B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 1145-1156.

proposition de la Cour italienne d'une collaboration juridictionnelle active dans la construction d'une protection intégrée des droits⁷⁸⁸.

L'attitude de la Cour de justice encourage fortement la Cour constitutionnelle italienne à poursuivre sa volonté de réguler autrement les rapports entre les systèmes lorsqu'il s'agit de conflits normatifs impliquant la protection des droits fondamentaux.

2. L'*obiter dictum* de 2017. La construction collective d'une nouvelle procédure de protection intégrée des droits fondamentaux

Dans le cadre de la saga *Taricco*, la Cour constitutionnelle prend conscience de l'importance, d'une part, du rôle de médiation qu'elle peut jouer entre les juges ordinaires et la Cour de justice et, d'autre part, de la difficulté de l'exercice de pondération qu'elle a été appelée à effectuer entre des principes de l'ordre interne et européen.

Au sein de l'institution, se développent ainsi des réflexions riches et fébriles sur quel rôle la Cour constitutionnelle doit jouer dans la protection des droits fondamentaux en Europe et sur comment cela doit se réaliser.

En particulier, au cours de 2017, le juge et professeur Augusto Barbera, après avoir analysé – à titre doctrinal - les répercussions sur la tradition constitutionnelle italienne de l'application diffuse de la Charte UE au détriment de la Constitution et de son gardien⁷⁸⁹, propose un *aggiornamento* de la jurisprudence *Granital* de 1984.

Pour Barbera, afin de consacrer le rôle central du juge constitutionnel en matière de protection des droits, lorsqu'une norme nationale est en conflit avec des « principes ou des objectifs » de l'Union, il faudrait impliquer la Cour constitutionnelle, « sans exclure, bien évidemment l'intervention de la Cour de justice de l'Union à travers, si nécessaire, un renvoi préjudiciel en vertu de l'art. 267 TFUE »⁷⁹⁰. Ainsi, le critère de répartition des compétences entre les juges ordinaires et le juge constitutionnel pour l'exercice du contrôle de conventionnalité ne serait plus l'effet direct de la norme UE, mais sa qualité de « règle » - qui attribuerait la compétence aux juges ordinaires - ou bien de « principe » - qui attribuerait la compétence au juge constitutionnel⁷⁹¹.

Ce changement de perspective conduirait tout aussi à un revirement jurisprudentiel en matière de double préjudicialité, la Cour constitutionnelle devant être saisie de façon prioritaire lorsque le conflit normatif concerne des principes⁷⁹². En d'autres termes, à l'image du droit constitutionnel français, le juge constitutionnel suggère d'introduire, dans certains cas, un mécanisme de priorité constitutionnelle.

Au sein de la Cour de justice de l'Union aussi le malaise des présidents des cours constitutionnelles et des cours suprêmes des États membres face à « l'incertitude juridique susceptible d'être engendrée par la possibilité que chaque juge national applique l'art. 267 TFUE,

⁷⁸⁸ V. M. Cartabia et G. Lattanzi, « Dialogue between Courts and the *Taricco* Case », *cit.*

⁷⁸⁹ V. Partie I.

⁷⁹⁰ A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 9.

⁷⁹¹ Barbera est conscient de la difficulté de distinguer les deux typologies de normes. Il s'appuie, pour le faire, sur la distinction opérée au sein de la Charte (art. 51.1 et 52.5) et sur les Explications du présidium de la Convention. A. Barbera, « La Carta dei diritti », *cit.*, p. 10-11.

⁷⁹² *Id.*, p. 15.

en se soustrayant à toutes obligations à l'égard des juridictions de rang supérieur »⁷⁹³ se manifeste, dans le cadre d'une rencontre avec les membres de la Cour européenne, en mars 2017. À cette occasion, le président de la Cour de cassation italienne, M. Giovanni Canzio, propose d'instituer des mécanismes informels de coordination entre les juges nationaux et les cours suprêmes nationales, d'une part, et la Cour de justice, d'autre part, afin de prévenir les divergences⁷⁹⁴.

En décembre 2017, la Cour constitutionnelle italienne prend les devants et réalise un tournant jurisprudentiel de grande importance. Fidèle à son attitude dialoguante⁷⁹⁵, la *Consulta* construit la priorité constitutionnelle à l'aide d'un échange intense entre les juges constitutionnel, ordinaires et européen.

En effet, la Cour constitutionnelle lance sa proposition de changement *via un obiter dictum* (a) qui, de par sa nature non contraignante, donne la possibilité aux juridictions ordinaires de réagir, en élaborant des correctifs à la procédure esquissée par le juge constitutionnel. La Cour de justice de l'Union est aussi intervenue, pour l'heure indirectement, afin de préciser ce que le droit de l'Union permet en matière de priorité constitutionnelle (b). La Cour constitutionnelle a tiré les conclusions de ces multiples avertissements et a réajusté et précisé sa jurisprudence au cours de 2019 (c).

a. L'introduction de la priorité constitutionnelle via un *obiter dictum* dialoguant

Les dates rapprochées de l'arrêt *MAS* de la Cour de justice UE et de l'arrêt n°269/2017⁷⁹⁶ de la Cour constitutionnelle italienne ne sont pas le fruit d'un hasard. L'arrêt italien cite en effet expressément l'arrêt européen.

En ce sens, l'*obiter dictum* est « dialoguant ». Il l'est puisque, inséré dans un arrêt de rejet sur une affaire très éloignée des problématiques de la double préjudicialité⁷⁹⁷, il poursuit le but de soulever un problème et de préconiser des solutions. En ce sens, sa valeur est substantiellement programmatique⁷⁹⁸. Rédigé par la juge Marta Cartabia, l'*obiter dictum* concrétise ses réflexions et celles du juge Barbera.

Les raisons du tournant – L'*obiter dictum* commence par justifier le tournant jurisprudentiel en considérant que l'attribution à la Charte UE de la valeur de droit primaire par le Traité de Lisbonne a influencé l'organisation des rapports entre les systèmes, en vertu de « l'empreinte typiquement

⁷⁹³ Paolo Mengozzi, avocat général à la CJUE fait référence à cette réunion in « Juges du fond, juridictions suprêmes des États membres et Cour de justice un triptyque pour un principe : la coopération loyale », *L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Watbled*, Larcier, 2018, p. 553.

⁷⁹⁴ Paolo Mengozzi doute par ailleurs de la faisabilité de cette proposition. *Ibid.*, p. 553-554.

⁷⁹⁵ In V. Barsotti, P. G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Contexte*, *op. cit.*, p. 234-235 les Auteurs parlent d'un « *Italian Style* » en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité italien. Le caractère qui marquerait le plus ce style serait le « *relationality* », c'est-à-dire l'attitude de la Cour constitutionnelle italienne à se mettre en relation avec d'autres institutions, politiques et juridictionnelles, avec des personnes, des associations, des nations. En ce sens, la Cour constitutionnelle italienne « ne chanterait jamais seule, mais toujours en tant que membre d'un chœur, au sein duquel beaucoup d'autres acteurs institutionnels jouent un rôle aussi ».

⁷⁹⁶ L'arrêt a été adopté le 7 novembre 2017 et déposé le 14 décembre 2017. L'*obiter dictum* a dû être remanié avant le dépôt.

⁷⁹⁷ Notamment, la Charte UE n'avait pas été invoquée en tant que norme paramètre par le juge *a quo*. Par conséquent, les affirmations de l'*obiter dictum* ne fondent pas la décision finale.

⁷⁹⁸ G. Repetto, « Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità », *cit.*, p. 2957.

constitutionnelle »⁷⁹⁹ de la Charte UE. En effet, la Charte comporte des « principes et des droits (...) qui se recoupent dans une large mesure avec les principes et les droits garantis par la Constitution italienne ». Par conséquent, il se peut que la violation d'un droit porte atteinte à la fois à la Constitution et à la Charte.

À titre d'illustration, la Cour cite la jurisprudence *MAS*. À travers cette référence, implicitement, le juge constitutionnel entend préciser, d'une part, que les deux sources peuvent rentrer en conflit lorsqu'un principe ou un droit n'a pas la même extension et/ou le même contenu dans les deux ordres, ou bien lorsque son interprétation diffère (comme dans le cas du principe de légalité en matière pénale). D'autre part, il veut signifier que, comme l'affaire *Taricco* l'apprend, ces conflits peuvent être résolus à travers un dialogue constructif entre les cours, en mettant en valeur les convergences entre le droit UE et les traditions constitutionnelles communes des États.

En reprenant les idées développées par le juge Barbera, l'*obiter dictum* reconnaît comme conséquence principale du rapprochement entre la Charte UE et la Constitution la marginalisation de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits fondamentaux. Cela menace la sécurité juridique et le système de contrôle de constitutionnalité concentré.

Replacer la Cour constitutionnelle au centre du système de protection des droits – Afin de replacer la Cour constitutionnelle au centre du système de la protection des droits, l'arrêt n°269/2017 propose un nouveau critère d'interprétation, dont nous traiterons plus tard, et une nouvelle procédure : « Cette Cour considère que, lorsqu'une loi fait l'objet d'un doute sur sa conformité aux droits protégés par la Constitution italienne et à ceux garantis par la Charte UE dans son champ d'application, doit être soulevée la question de constitutionnalité, sans préjudice pour les questions d'interprétation ou de validité du droit de l'Union, en vertu de l'art. 267 TFUE »⁸⁰⁰.

Cette affirmation présente de nombreuses ambiguïtés, en ce qui concerne notamment l'extension du contrôle de la Cour, la nature obligatoire de la priorité constitutionnelle et l'articulation de cette priorité avec le renvoi préjudiciel à la CJUE.

L'extension du contrôle - Relativement à l'extension du contrôle, l'*obiter dictum* change le critère de répartition des compétences entre les juges ordinaires et la Cour constitutionnelle dans l'exercice du contrôle de conventionnalité. Le critère n'est plus l'effet direct de la norme européenne – comme il avait été établi par l'arrêt *Granital* -, et pas non plus la qualité de « règle » ou de « principe » de la norme, comme évoqué par le juge Barbera. Le nouveau critère est la protection des droits fondamentaux.

Or, la formulation de l'*obiter dictum* ne permet pas d'établir si la Cour a fait le choix d'un critère formel ou bien substantiel. Dans le premier cas, la Cour constitutionnelle devrait être saisie dès lors que le contrôle de conventionnalité concerne une disposition de la Charte UE, indépendamment du fait qu'elle soit dotée ou non de l'effet direct⁸⁰¹. Si le critère est substantiel, en

⁷⁹⁹ Cour const., arrêt n°269/2017 § 5.2.

⁸⁰⁰ §5.2.

⁸⁰¹ En ce sens, A. O. Cozzi, « Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 fév. 2018, p. 15, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/02/nota_269_2017_cozzi.pdf ; G. Repetto, « Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità », *cit.*, p. 2959.

revanche, est pris en compte le caractère « typiquement constitutionnel » de la norme européenne. Cela signifie que la priorité constitutionnelle s'imposerait : 1/lorsque les dispositions de la Charte UE sont concernées ; 2/lorsque le contrôle intéresse des normes de l'Union liées à la Charte ; 3/ lorsqu'il s'agit des normes, primaires ou dérivés, qui ont un caractère matériellement constitutionnel en ce qu'elles reconnaissent des droits aux individus⁸⁰². Le pouvoir de contrôle que la Cour constitutionnelle s'accorde, serait donc très étendu et réduirait de façon significative la sphère du contrôle de conventionnalité diffus exercé par les juges ordinaires⁸⁰³.

La nature de la priorité - Quant à la nature de la priorité, la formulation de l'*obiter dictum* ne permet pas d'établir s'il s'agit d'une priorité obligatoire ou facultative. Si la décision était à interpréter dans le sens d'un « *jus primi verbi* » généralisé de la Cour constitutionnelle en la matière⁸⁰⁴, la Cour constitutionnelle acquerrait une sorte de monopole dans le dialogue avec la Cour de Luxembourg⁸⁰⁵.

L'incompatibilité avec le droit de l'Union semblerait alors se configurer, d'autant plus que l'arrêt n°269/2017 cite de façon inexacte l'arrêt *Melki* de la CJUE et affirme que les juges, à l'issue d'une procédure de contrôle de constitutionnalité incident, sont libres de laisser inappliquée la norme nationale, pour autant validée par le juge constitutionnel, « si, *pour d'autres profils*, ils la considèrent contraire au droit de l'Union ».

L'articulation de la priorité avec le renvoi préjudiciel UE - L'expression « pour d'autres profils » - absente dans l'arrêt *Melki* - pose des interrogations importantes sur l'existence de limites à la charge des juges ordinaires en ce qui concerne, à la fois, l'objet du renvoi préjudiciel à la CJUE et leur pouvoir d'écarter le droit interne au profit du droit UE. À la lecture de l'*obiter dictum*, il semblerait en effet que les juges ordinaires seraient tenus de saisir la CJUE, ou bien d'écarter la norme interne, seulement en relation à des aspects différents par rapport à ceux dénoncés à la Cour constitutionnelle et examinés par celle-ci. Puisqu'il est raisonnable de penser que le juge *a quo* indique dans son ordonnance de saisine tous les profils de violation de la Charte UE, il serait alors impossible pour le même juge *a quo*, à l'issue du contrôle de constitutionnalité, de saisir la Cour de justice de l'Union ou bien de laisser inappliquée la norme en question. Les juges nationaux seraient donc obligés de se conformer au *decisum* de la Cour constitutionnelle, ce qui rentrerait en conflit avec le droit de l'Union⁸⁰⁶.

La jurisprudence européenne prévoit en effet que « le fonctionnement du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales instauré par l'article 267 TFUE et

⁸⁰² En ce sens : D. Gallo, « Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018 », *cit.*, p. 232 ; C. Amalfitano, « Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE ? », *cit.*, p. 24-25 ; A. Ruggeri, « Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti », *cit.*, p. 6 ; S. Catalano, « Doppia pregiudizialità : una svolta opportuna della Corte costituzionale », *cit.*, p. 12-13.

⁸⁰³ En ce sens : D. Gallo, « Efficacia diretta del diritto UE », *cit.*, p. 225-227 et p. 232 ; A. Ruggeri, « Svolta della Consulta », *cit.*, p. 12 ; C. Pinelli, « L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali? », *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 14.

⁸⁰⁴ G. Scaccia, « Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 », *Osservatorio costituzionale*, n°2/2018, p. 2954.

⁸⁰⁵ D. Gallo, « Efficacia diretta del diritto UE », *cit.*, p. 231.

⁸⁰⁶ A. Ruggeri, « Dopo la sent. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere fra le Corti? », *Consulta Online*, n°1/2018, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri75.pdf> p. 157.

le principe de primauté du droit de l'Union nécessitent que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire »⁸⁰⁷. En outre, seraient atteints, d'une part, le pouvoir des juges de laisser inappliquée, à l'issue du contrôle de constitutionnalité, une disposition législative nationale contraire au droit de l'Union⁸⁰⁸ et, d'autre part, l'obligation faite aux cours suprêmes de saisir la CJUE dès lors qu'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union se pose⁸⁰⁹.

Enfin, la Cour constitutionnelle s'octroierait le droit de donner l'interprétation définitive des dispositions de la Charte UE, au détriment de la Cour de justice qui, seule, détient ce monopole interprétatif⁸¹⁰.

Le risque d'euro-incompatibilité de la nouvelle procédure de renvoi était donc très fort.

Toutefois, si pour s'exprimer la Cour constitutionnelle a choisi un instrument juridictionnel mou, dont la valeur contraignante reste incertaine⁸¹¹, c'est précisément parce qu'elle n'a pas voulu imposer une réglementation nouvelle, toute faite, mais plutôt ouvrir un processus de construction collective. En ce sens, elle était en attente des réactions de la Cour de justice de l'Union et des juges nationaux.

b. La priorité constitutionnelle réorientée par la Cour de justice UE et les juges nationaux

Les réactions des juges nationaux et de la Cour de justice ne se sont pas faites attendre. Chronologiquement, le juge européen a été le premier à intervenir (b.1). La Cour de cassation italienne s'est prononcée par la suite. Celle-ci, au lieu de contester le tournant devant la Cour de justice de l'Union, a amorcé le conflit et décidé de dialoguer directement avec la Cour constitutionnelle (b.2).

b.1. La réaffirmation de la jurisprudence Melki

Le tournant jurisprudentiel italien met en cause le droit de l'Union et sa primauté. On comprend dès lors la réaction rapide, même si indirecte, de la Cour de justice de l'Union.

Six jours après le dépôt de l'arrêt n°269/2017, le 20 décembre 2017, l'arrêt *Global Starnet* relatif à une affaire précisément italienne⁸¹² rappelle que, en vue d'assurer l'efficacité du droit de

⁸⁰⁷ CJUE, arrêt *Melki et Abdeli*, *cit.*, pt. 51 et 52 ; arrêt *A. c. B.*, *cit.*, pt. 39.

⁸⁰⁸ V. arrêts *Melki et Abdeli*, *cit.*, pt. 53 ; *A. c. B.*, *cit.*, pt. 40. En ce sens, v. aussi plus récemment CJUE, arrêts 20 déc. 2017, *Global Starnet*, C 322/16 ; 24 oct. 2018, *XC et a.*, C-234/17 ; 4 déc. 2018, *Minister for Justice and Equality and Commissioner of the Garda Síochána*, C-378/17.

⁸⁰⁹ CJUE, arrêt *Cilfit*, *cit.* ainsi que l'arrêt 4 oct. 2018, *Commission c. France*, C-416/17. Par ce dernier arrêt, la CJUE a constaté le manquement constitué par le refus du Conseil d'État français de déférer à son obligation de renvoi. Il s'agit de la première fois qu'est constaté le manquement d'un État membre imputable à l'une de ses juridictions suprêmes pour ne pas avoir saisie la CJUE à titre préjudiciel (art. 267 TFUE). L. Mède, « La sanction du manquement juridictionnel dans le cadre de la coopération préjudicielle imposée », *Rev. UE*, 2019, 581 ; F. Chatiel, « Absence de renvoi préjudiciel par le juge et manquement d'État », *Petites Affiches*, n°26, 5 fév. 2019, p. 4.

⁸¹⁰ À ce sujet v. D. Gallo, « Efficacia diretta del diritto UE », *cit.*, p. 233.

⁸¹¹ Sur la portée de l'*obiter dictum* v. G. Scaccia, « L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 », *Forum di quaderni costituzionali*, 25 janv. 2018, p. 12 http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/01/nota_269_2017_scaccia.pdf

⁸¹² Arrêt *Global Starnet*, *cit.*, L. Coutron, « Nouvelle confirmation de la jurisprudence *Melki et Abdeli* : la persistance de l'obligation de renvoi préjudiciel en dépit du rejet de l'exception d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle », *RTD Eur.* 2018 p. 367 ; A. Ruggeri, « Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione,

l'Union « une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union en raison du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle de droit interne est soumise à un recours obligatoire devant une cour constitutionnelle »⁸¹³.

En outre, le juge de l'Union établit, implicitement, l'incompatibilité de l'expression « pour d'autres profils » contenue dans l'*obiter dictum*, lorsqu'elle affirme que : « l'article 267, paragraphe 3, TFUE doit être interprété en ce sens que la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel est tenue, en principe, de procéder au renvoi préjudiciel d'une question d'interprétation du droit de l'Union même si, dans le cadre de la même procédure nationale, la Cour constitutionnelle de l'État membre concerné a apprécié la constitutionnalité des règles nationales au regard des normes de référence d'un contenu analogue à celles du droit de l'Union »⁸¹⁴.

Environ un an après, la Grande Chambre de la Cour de justice confirme cette orientation dans une affaire autrichienne en soulignant que « selon une jurisprudence constante de la Cour, les juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit de l'Union ont l'obligation d'assurer le plein effet de ces dispositions en laissant au besoin inappliquée, de leur propre autorité, toute disposition nationale contraire, sans demander ni attendre l'élimination préalable de cette disposition nationale par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »⁸¹⁵.

La réponse européenne est donc ferme quant à la préservation du rôle des juges ordinaires en tant qu'acteurs incontournables de la primauté et donc de l'efficacité du droit de l'Union.

b.2. Le conflit constructif entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle

Menacés de perdre leur rôle central dans le système de coopération juridictionnelle de l'Union, certains juges italiens, certainement encouragés par la jurisprudence européenne, se sont opposés à l'obligation que l'arrêt n°269/2017 semblait configurer.

Dans trois affaires, la Cour de cassation, section droit du travail, a expressément nié la valeur contraignante de l'*obiter dictum*, en le définissant comme une simple « proposition méthodologique »⁸¹⁶, d'autant plus qu'il est contenu dans une décision de rejet dépourvue d'effets *erga omnes*⁸¹⁷. Cela n'a cependant pas dégénéré en une « guerre entre les Cours », dès lors que la Cour de cassation, au lieu de s'opposer frontalement, a préféré contribuer à orienter le cours de la jurisprudence constitutionnelle.

Dans une première affaire, la Cour de cassation a tout simplement évité le conflit direct avec le juge constitutionnel, en motivant la préférence accordée au droit UE par l'absence d'une

dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet) », *Diritti comparati*, n°1/2018, p. 269.

⁸¹³ pt. 21.

⁸¹⁴ pt. 26.

⁸¹⁵ CJUE, GC, *XC et a., cit.*, pt. 44.

⁸¹⁶ Cour cass. it., sect. travail, arrêt n°12108 du 17 mai 2018, in <http://www.tcnnotiziario.it>

⁸¹⁷ Les décisions de rejet de la Cour constitutionnelle ne produisent que des effets *inter partes*.

situation de double préjudicialité⁸¹⁸.

Le caractère facultatif de la priorité - Dans deux autres cas⁸¹⁹, elle a saisi en premier la Cour de justice de l'Union, en indiquant qu'en l'espèce le recours au juge européen était préférable puisque « les aspects contestés relatifs au droit de l'Union étaient prédominants par rapport à ceux du droit national »⁸²⁰. En valorisant le passage de l'arrêt n°269/2017 manifestant l'intention de maintenir ouverte la possibilité pour le juge ordinaire d'effectuer le renvoi préjudiciel sur la base de l'art. 267 TFUE, la Cour de cassation a proposé une interprétation plus conforme au droit de l'Union, qui préserve le rôle du juge ordinaire. L'idée est que la priorité constitutionnelle soit facultative, le juge ordinaire pouvant choisir au cas par cas quel recours adopter, en fonction du prévaloir des aspects relevant du droit de l'Union ou bien du droit national⁸²¹.

La question préjudicielle de constitutionnalité - En février 2018, la deuxième section de la Cour de cassation fait le choix du dialogue direct. Une fois établi que l'affaire sur laquelle elle doit trancher est bien un cas de double préjudicialité, elle décide de se conformer à l'*obiter dictum* de décembre 2017, en soulevant une question de constitutionnalité⁸²². Dans l'ordonnance de saisine, la Cour de cassation demande à la Cour constitutionnelle de lever toute ambiguïté sur l'interprétation de l'expression « pour d'autres profils », qui tant de contestations a provoqué dans les deux mois qui ont suivi le dépôt de l'arrêt. Notamment, le juge veut savoir si « le pouvoir du juge ordinaire d'écarter une norme interne, validée par la Cour constitutionnelle, au profit d'une norme européenne est limité » lorsqu'il le fait par rapport à des aspects analogues à ceux examinés par le juge constitutionnel.

Or, de façon diplomatique, la Cour de cassation informe la Cour constitutionnelle que, si elle optait pour l'interprétation la plus restrictive, sa jurisprudence rentrerait directement en conflit avec l'arrêt *Global Starnet* de la CJUE. La Cour de cassation se verrait alors obligée « d'exercer le renvoi préjudiciel en vertu de l'art. 267 TFUE (...) et de donner au droit de l'Union une application conforme à la décision adoptée par la CJUE »⁸²³.

Se reproduit ainsi le schéma du conflit constructif inauguré par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Taricco*. À la différence de ce qu'ont fait ses consœurs française⁸²⁴ et autrichienne⁸²⁵, la

⁸¹⁸ Cour cass. it., sect. travail, n°12108, *cit.* La norme interne rentrait en conflit avec la directive UE n°2006/54 et non directement avec la Charte UE. La Cour de cassation adopte ainsi, en l'espèce, le critère formel pour répartir les compétences entre le juge ordinaire et la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de conventionnalité.

⁸¹⁹ Cour cass. it., sect. travail, *ordinanza* n°13678 du 30 mai 2018, *Diritto penale contemporaneo*, n°6, 2018, et *ordinanza* n°451 du 10 janvier 2019, www.europeanrights.eu.

⁸²⁰ Cour cass. it., sect. travail, *ordinanza* n°13678 *cit.*

⁸²¹ A. Cosentino, « Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea », 1 oct. 2018, www.questionegiustizia.it.

⁸²² Il est à souligner que la Cour de cassation ne semble pas considérer ce choix comme obligé, mais comme « à privilégier ». V. Cour cass. it., II sect. civ., *ordinanza* n°3831 du 16 févr. 2018, pt. 11.3.6.8 et 13.3.4.3 www.giurcost.org. Toutefois, l'absence de motivation sur ce point ne permet pas d'en dire plus sur l'interprétation que la Cour de cassation donne à la priorité de la saisine du juge de la loi (A. Ruggeri, « Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/ 2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob) », *Consulta Online*, n°1/2018, p. 82, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri74.pdf>).

⁸²³ Cour cass. it., *cit.*, pt. 11.3.6.8.

⁸²⁴ Cour cass. fr., QPC, 16 avril 2010, n° 12003, *pourvoi n°10-40.002*.

⁸²⁵ *Oberster Gerichtshof*, décision du 17 décembre 2012 (9 Ob 15/12i), https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20121217_OGH0002_0090OB00015_12I0000_000/JJT_20121217_OGH0002_0090OB00015_12I0000_000.pdf

Cour de cassation italienne ne saisit pas la Cour de justice de l'Union afin que celle-ci condamne la jurisprudence constitutionnelle puisqu'incompatible avec le droit de l'Union. Elle préfère saisir le juge constitutionnel, lui expliquer les raisons qui rendent l'arrêt n°269/2017 non conforme au droit de l'Union, l'orienter vers une solution euro-compatible et, en recours ultime, lui annoncer sa résistance au cas où le juge de la loi n'accepterait pas cette solution.

En réponse à l'ensemble de ces réactions la Cour constitutionnelle a précisé le tournant jurisprudentiel esquissé en décembre 2017, par quatre arrêts et deux ordonnances de saisine de la CJUE.

c. La priorité constitutionnelle réajustée par la Cour constitutionnelle

En 2019 et au début de 2020, saisie par des juges ayant décidé de faire valoir la priorité constitutionnelle, la Cour constitutionnelle a levé la plupart des doutes relatifs aux modalités d'application du nouveau tournant jurisprudentiel (c.1). En outre, à deux reprises, elle a saisi la Cour de Luxembourg faisant le choix, opportun, de l'impliquer directement dans la construction de la nouvelle organisation des rapports entre les systèmes, en matière de protection des droits fondamentaux (c.2).

c.1. Les précisions

Une approche substantielle - Tout d'abord, afin d'apprécier l'admissibilité des questions qui lui sont soumises, la Cour constitutionnelle détermine en premier lieu si la priorité constitutionnelle s'impose seulement en cas de violation de la Charte UE, ou bien aussi en cas d'atteinte d'autres sources du droit UE protégeant les droits fondamentaux.

L'arrêt n°20/2019, confirmé par l'arrêt n°63/2019, consacre l'approche substantielle de la Cour. En l'espèce, le juge de la loi s'estime compétent pour trancher, de façon prioritaire, un conflit impliquant une norme nationale portant atteinte à la fois à la Constitution et à une directive européenne. Pour la Cour, les dispositions de la directive (95/46/CE) non seulement constituent « une application de la Charte UE », mais elles ont été « un modèle pour l'élaboration des dispositions de la Charte UE » en la matière. Elles sont donc dotées de la « même nature » constitutionnelle que la Charte.

Dans le même sens, en février 2020, dans une affaire soulevant un conflit entre une norme nationale et, à la fois, la Constitution et trois normes européennes, respectivement du TUE, du TFUE et de la Charte UE, la Cour constitutionnelle affirme que lorsque le juge ordinaire fonde sa saisine sur des normes de l'Union protégeant les mêmes droits garantis par des normes nationales, « cette Cour ne pourra pas s'abstenir (...) de fournir une réponse à la question »⁸²⁶.

Cette solution est cohérente avec la volonté de la Cour constitutionnelle de retrouver une place dans la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. En même temps, elle permet à la Cour de s'emparer à nouveau d'une portion importante du contrôle de conventionnalité, *via* le mécanisme de la norme interposée fondé sur les articles 11 et 117 de la Constitution. En tant que juge européen de droit commun, elle est une interprète légitime du droit européen, à la condition, toutefois, qu'elle n'ait pas le dernier mot en la matière. Il était donc nécessaire que la Cour

⁸²⁶ Cour const. it., arrêt n°11/2020, pt. 3.4.

constitutionnelle tranche sur la nature de la priorité du recours et sur l'existence d'éventuelles limites à l'application du droit de l'Union.

L'« opportunité » de la priorité - En ce qui concerne le premier aspect, dans l'arrêt n°20/2019 la Cour constitutionnelle opte pour la solution suggérée par la Cour de cassation⁸²⁷. Elle définit la priorité constitutionnelle non comme une « obligation », mais comme une « opportunité ». Notamment, elle clarifie que dans les situations de double préjudicialité « doit être préservée l'opportunité d'une intervention de cette Cour produisant des effets *erga omnes*, en vertu du principe qui fait du contrôle de constitutionnalité concentré un pilier de l'architecture constitutionnelle » italienne⁸²⁸. Il s'agit donc d'une invitation « chaleureuse »⁸²⁹ - et non d'une obligation - formulée à l'intention des juges ordinaires, qui restent ainsi les maîtres du jeu.

En ce sens, dans les trois arrêts, la Cour constitutionnelle fait référence, à chaque fois, explicitement à la (libre) volonté du juge *a quo* de privilégier le contrôle de constitutionnalité⁸³⁰, à laquelle correspond, en revanche, l'obligation du juge constitutionnel d'examiner la question.

Le juge ordinaire garde ainsi une marge d'appréciation importante, en ce qu'il apprécie, au cas par cas, l'opportunité de faire primer la Constitution ou bien le droit de l'Union. Toutefois, il doit tenir en grand compte que, quand il s'agit de la protection de droits fondamentaux, il est « préférable »⁸³¹ d'impliquer la Cour constitutionnelle en première instance, en raison de la possibilité d'annuler la norme avec des effets *erga omnes*. Par conséquent, si le juge ordinaire décide de s'écarter de cette orientation, il doit justifier son choix, en le motivant de façon exhaustive.

L'articulation des renvois - Enfin, la Cour lève toute ambiguïté sur la possibilité pour le juge ordinaire de saisir la Cour de justice UE d'une question en interprétation ou en validité sur des aspects ayant fait l'objet du contrôle de constitutionnalité. Sensible aux avertissements de la Cour de cassation et de la CJUE, dès l'arrêt n°20/2019, le juge constitutionnel précise que « les juges ordinaires peuvent soumettre à la CJUE toute question préjudicielle qui leur semble nécessaire, sur la même disposition (ayant fait l'objet d'examen par la Cour), »⁸³² et cela même à l'issue d'un contrôle incident de constitutionnalité. En outre, reste préservé « le devoir des juges – lorsqu'il y en a les pré-supposés – de ne pas appliquer, dans le procès *a quo*, la norme nationale contraire aux droits affirmés par la Charte »⁸³³.

Ainsi précisé, il résulte clairement que le nouveau tournant jurisprudentiel n'entend pas créer des interdicts qui pourraient affaiblir la coopération judiciaire en Europe. Comme le dit

⁸²⁷ Cour cass. it., *ordinanza* n°13678, *cit.*

⁸²⁸ Cour const. it., arrêt n°20/2019.

⁸²⁹ N. Lupo, « Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema 'a rete' di tutela dei diritti in Europa », *cit.*, p. 19. En ce sens aussi : S. Catalano, « Doppia pregiudizialità : una svolta opportuna della Corte costituzionale », *cit.* ; G. Repetto, « Il significato europeo della più recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali », *cit.*, p. 6.

⁸³⁰ Dans l'arrêt n°20/2019, la Cour affirme que « le premier mot qu'elle va prononcer » dans un cas de double préjudicialité est issu de « la *volonté explicite* du juge *a quo* » (pt. 2.3). Dans l'ordonnance n°117/2019, la Cour constitutionnelle explique qu'« en référence à la Charte UE, cette Cour a récemment affirmé sa compétence à apprécier les éventuels profils d'antinomie entre les normes nationales et les normes de la Charte que le juge *a quo* *veuille bien lui soumettre* » (pt. 2).

⁸³¹ S'exprime en ce sens le juge constitutionnel Francesco Viganò *in* « La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali », *Quaderni costituzionali*, n°2/2019, p. 489.

⁸³² Pt. 2.3, confirmé par Cour const., ord. n°117/2019.

⁸³³ Cour const. it., arrêt n°63/2019, pt. 4.3, confirmé *in* ord. 117/2019, pt. 2.

expressément l'arrêt n°20/2019, « la survenance des garanties de la Charte UE, venues se rajouter à celles de la Constitution italienne, génère un concours de remèdes juridictionnels, enrichit les instruments de protection des droits fondamentaux et, par définition, exclut toute limitation »⁸³⁴ à l'application des chartes ainsi qu'à l'exercice des recours.

Les conflits potentiels et la solution du dialogue - Bien que cela soit conforme au droit de l'Union, la saisine de la CJUE par les juges ordinaires à l'issue du contrôle de constitutionnalité ouvre la voie à de potentiels conflits jurisprudentiels entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Luxembourg.

En effet, si un juge, après avoir eu recours à la Cour constitutionnelle, est insatisfait d'une décision de rejet et saisit par renvoi préjudiciel la Cour de justice de l'Union, un conflit interprétatif sur les droits et les principes peut surgir entre les deux Cours. Le juge ordinaire se trouverait alors dans une situation très délicate : il pourrait seconder la décision du juge européen, en désavouant toutefois le juge constitutionnel ; ou bien il pourrait saisir à nouveau la Cour constitutionnelle. Celle-ci pourrait décider d'adopter une déclaration d'inconstitutionnalité – en allant donc dans le sens de la jurisprudence européenne - ou bien, au contraire, choisir d'opposer les contre-limites au droit de l'Union.

Dès l'arrêt n°269/2017, la Cour constitutionnelle voit dans « la valorisation du dialogue » entre le juge constitutionnel et la Cour de justice la solution pour prévenir ces conflits⁸³⁵. En d'autres termes, puisque le juge constitutionnel a désormais « le premier mot »⁸³⁶, il doit saisir la Cour de justice UE dès que cela s'impose, afin d'éviter, par la suite, tout conflit interprétatif entre les droits national et européen, en matière de droits fondamentaux⁸³⁷.

c.2. Les nouveaux renvois préjudiciels

Le renvoi préjudiciel à la CJUE par la Cour constitutionnelle en mai 2019 est une illustration éclairante du nouveau *modus procedendi* issu de la théorie du pluralisme constitutionnel.

L'ordonnance n°117/2019 - L'affaire est issue de la question préjudicielle de constitutionnalité posée par la Cour de cassation en février 2018. L'objet de la saisine est une norme nationale considérée en conflit avec le « droit au silence », un corollaire du droit à la défense qui impose l'interdiction pour un individu de donner des informations qui pourraient avoir pour conséquence de faire reconnaître sa responsabilité pour une infraction punie avec des sanctions pénales ou administratives de nature punitive. Or, cette norme a été adoptée en exécution d'une obligation communautaire contenue dans une directive et ensuite dans un règlement⁸³⁸. Sa paternité ne semblerait donc pas être imputable au législateur national, mais exclusivement au législateur européen. Ainsi, puisque, selon le juge constitutionnel, la réglementation nationale porte atteinte à des normes constitutionnelles, internationales et de la Charte UE, « une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité risquerait de rentrer en conflit avec le droit de l'Union »⁸³⁹. Il s'agit donc d'une

⁸³⁴ Pt. 2.3.

⁸³⁵ Pt. 5.2.

⁸³⁶ Cour const. it., arrêt n°20/2019.

⁸³⁷ Confirmé in Cour const. it., arrêt n°63/2019, pt. 4.3.

⁸³⁸ Il s'agit de l'art. 187-*quinquiesdecies* du décret législatif n°58/1998 qui transpose la directive 2003/6/CE et qui applique maintenant le règlement (UE) n°596/2014, ce dernier ayant abrogé la directive.

⁸³⁹ Cour const. it. ord. n°117/2019, pt. 9.

affaire fort similaire à l'affaire française *Jeremy F.*⁸⁴⁰, exceptée la non mise en cause du mandat d'arrêt européen, avec les contraintes plus strictes que celui-ci implique.

La Cour italienne réaffirme à cette occasion, de façon presque programmatique⁸⁴¹, que, si elle est saisie d'une question dénonçant des violations à la fois de la Constitution et de la Charte UE, elle pourra opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice « à chaque fois que cela se rend nécessaire pour clarifier la signification et les effets des normes de la Charte »⁸⁴². En l'espèce, la nécessité du renvoi est d'autant plus intense que la norme nationale transpose directement une norme européenne.

Dans sa saisine, la Cour constitutionnelle demande, en premier lieu, si la norme européenne doit être interprétée dans le sens de consentir aux États membres de ne pas sanctionner ceux qui refusent aux autorités compétentes de répondre à des questions pouvant faire émerger leur responsabilité pour des infractions punies avec des sanctions administratives de nature punitive.

Un premier renvoi en validité - En cas de réponse négative, surgit une seconde question qui concerne non plus l'interprétation, mais la validité de la norme européenne. Il s'agit d'une première puisque, jusque-là, la Cour n'avait renvoyé que des questions en interprétation. Le juge constitutionnel demande à la Cour de Luxembourg si la réglementation européenne est compatible avec la Charte UE (art. 47 et 48) « à la lumière aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (...) et des traditions constitutionnelles communes aux États membres »⁸⁴³.

La Cour constitutionnelle sollicite ainsi la Cour de justice dans son rôle de juge « constitutionnel » de l'Union : comme dans l'affaire *Digital Rights*, le juge européen est en effet appelé à vérifier la « constitutionnalité » d'un acte de l'Union. Dans ses écrits, la juge et professeur Cartabia avait d'ailleurs exprimé à plusieurs reprises son intérêt pour la dynamique constitutionnelle européenne qui s'était dégagée de cette affaire⁸⁴⁴. Maintenant, la Cour constitutionnelle italienne se fait promotrice de cette même dynamique.

En effet, à bien regarder, la question en interprétation est totalement instrumentale par rapport à la question en validité. Le renvoi préjudiciel a un objectif précis : alerter la Cour de justice quant à la violation par le droit de l'Union d'un principe inscrit dans la Charte, dans le droit conventionnel et faisant partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Comme dans l'ordonnance relative à l'affaire *Taricco*, la Cour constitutionnelle explique les raisons

⁸⁴⁰ CC, déc. n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F.* [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne], *JORF* du 7 avril 2013 p. 5799. V. : H. Labayle, R. Mehdi, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, 2013, p. 461 ; X. Magnon, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, 2013/4 - n° 96, p. 930 ; E. Bruce-Rabillon, « Question sur la question! Nouvelles déclinaisons du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition », *Politeia*, n°23, 2013, p. 99 ; J. Roux, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d'arrêt européen », *RID Eur.*, 2013, p. 531 ; M. Gautier, « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA*, 3 juin 2013, n° 19, p. 1086. Nous nous permettons de renvoyer à F.-X. Millet, N. Perlo, « The first preliminary reference of the French Constitutional Council to the European Court of Justice : *révolution de palais* or *revolution in french constitutional law* ? », *German Law Journal*, n°6, 2015, p. 1471-1490.

⁸⁴¹ S. Catalano, « Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale », *Osservatorio costituzionale*, n°4/2019, p. 6.

⁸⁴² Cour const. it. ord. n°117/2019, pt. 2.

⁸⁴³ *Id.*, pt. 10.2.

⁸⁴⁴ M. Cartabia, « La tutela multilivello dei diritti fondamentali », *cit.*, p. 2.

de cette violation afin d'aider la Cour de justice à comprendre non seulement l'enjeu national, mais aussi européen de cette atteinte aux droits fondamentaux.

Bien que cette fois elle ne l'explique pas, la possibilité d'opposer les contre-limites demeure : si la Cour de justice devait confirmer une interprétation du droit de l'Union contraire au « droit au silence », la Cour constitutionnelle pourrait faire valoir la tradition constitutionnelle italienne et refuser d'appliquer le droit de l'Union. Toutefois, se confirme le rôle dynamique et non statique des contre-limites, étant donné que l'ordonnance se concentre essentiellement sur le renforcement de la protection des droits en Europe à travers la « collaboration loyale » entre les Cours.

Les contre-limites ne sont plus que des sentinelles permettant, en recours ultime, de défendre les principes de l'État de droit au niveau national, mais servant, en règle générale, plutôt à mettre en évidence les exigences impératives de la protection des droits en Europe.

Saisine ord. n°182/2020 - Cette dynamique est confirmée par un autre renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle – le cinquième désormais -, en juillet 2020⁸⁴⁵. Cette fois il s'agit d'un renvoi préjudiciel dont l'objectif, à peine caché, est d'étendre aux étrangers titulaires d'un permis de séjour les bénéfices des droits sociaux reconnus par le droit national. Il se trouve en effet que les juges ordinaires donnent une interprétation de la directive 2011/98/UE⁸⁴⁶ favorable aux étrangers, alors que l'administration qui doit verser les aides de natalité et de maternité s'en tient à une interprétation stricte, qui de fait les exclut. Pour cette raison, la Cour de cassation a saisi, en premier, la Cour constitutionnelle afin d'obtenir une décision produisant des effets *erga omnes*.

La Cour accueille la question en ce qu'elle reconnaît « la connexion étroite entre les principes et les droits constitutionnels évoqués par la Cour de cassation et ceux reconnus par la Charte, enrichis par le droit secondaire »⁸⁴⁷ de l'Union.

Face à l'incertitude persistante sur l'interprétation du droit de l'Union en la matière, la Cour constitutionnelle saisit la Cour de justice au nom de « la collaboration constructive et loyale entre les différents systèmes de garantie » - selon l'expression, désormais standard, formulée dans l'arrêt n°269/2017 – et puisque « dans un domaine marqué par l'importance croissante du droit de l'Union, on ne peut pas ne pas privilégier le dialogue avec la Cour de justice, en ce qu'elle est dépositaire du respect du droit dans l'interprétation et dans l'application des traités (art. 19, par. 1, TUE) »⁸⁴⁸.

Cette fois, la *Consulta* semble véritablement désireuse d'obtenir l'éclairage de la Cour sur le sens à donner au droit de l'Union. L'esprit originaire de la question préjudicielle en interprétation est donc pleinement respecté. Toutefois, la Cour constitutionnelle en tant que garant suprême des droits en Italie et en Europe ne peut pas s'empêcher de faire apparaître implicitement sa position, favorable à une extension des droits sociaux aux étrangers qui vivent et travaillent dans le pays. En sollicitant la procédure accélérée, le juge constitutionnel argumente sa demande en faisant observer que la question concerne, à la fois, « le secteur névralgique de la politique commune de l'immigration de l'Union européenne dans l'espace de liberté, sécurité et justice » et un thème « qui représente un élément qualifiant et propulsif de cette politique », notamment la parité de traitement entre les citoyens des pays tiers et les citoyens des États membres dans lesquels les premiers

⁸⁴⁵ Cour const., *ordinanza* n°182/2020.

⁸⁴⁶ Art. 12.

⁸⁴⁷ *Ord. cit.*, pt. 3.2.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

séjourner⁸⁴⁹. En d'autres termes, pour le juge constitutionnel, la réussite de l'intégration des immigrés dans l'Union européenne passe aussi par l'extension à ceux-ci des bénéfices des prestations sociales. La question préjudicielle devient alors l'occasion de réfléchir ensemble, le juge constitutionnel et le juge européen, sur le sens à donner à la politique commune de l'immigration à la lumière des principes énoncés par la Charte.

Le caractère particulier des saisines du juge constitutionnel - L'analyse des saisines de la Cour de justice UE par la Cour constitutionnelle italienne révèle ainsi que le renvoi préjudiciel du juge constitutionnel se distingue quelque peu de celui du juge ordinaire⁸⁵⁰. S'il est certain que, bien souvent, les juges ordinaires instrumentalisent le renvoi préjudiciel afin de s'opposer à une loi nationale ou bien afin de promouvoir une réforme législative⁸⁵¹, la Cour constitutionnelle dans ses renvois poursuit d'autres objectifs, qui sont propres à son rôle.

Le juge constitutionnel, gardien ultime des droits fondamentaux reconnus par le droit national et, dans la limite de son champ d'application, européen, collabore avec le juge européen, gardien ultime de droits fondamentaux autonomes, mais issus des traditions constitutionnelles des pays membres et de la CEDH. Sur la base de cet ensemble normatif commun, la Cour constitutionnelle cherche par le renvoi préjudiciel à établir une collaboration avec la Cour de justice en vue de : 1/ illustrer le contexte juridique national pour que, si possible, sa spécificité constitutionnelle soit préservée⁸⁵² ; 2/ proposer des solutions permettant de garantir la protection la plus élevée des droits en Europe⁸⁵³ ; 3/ alerter la Cour de justice sur la violation de la Charte UE par un acte de l'Union⁸⁵⁴.

En ce sens, tel que théorisé par le pluralisme constitutionnel, le renvoi préjudiciel est bien l'instrument procédural par excellence de la construction d'un droit européen commun de la protection des droits en Europe. Cela est d'ailleurs conforme à l'esprit de la procédure du renvoi préjudiciel, qui est l'un des piliers sur lequel s'est construite la Communauté européenne en tant que « Communauté de droit »⁸⁵⁵. Puisqu'il s'agit d'une procédure d'articulation entre les ordres juridiques, le renvoi préjudiciel a permis, depuis son institution, l'influence réciproque des systèmes.

Une hiérarchisation des cours masquée par la rhétorique de la collaboration ? - Il est légitime de se demander si, sous le masque de la collaboration, le renvoi préjudiciel ne détermine pas, en réalité, une hiérarchie entre les juridictions : le juge consulté – la Cour de justice – détient une sorte de droit au dernier mot, étant donné que l'arrêt produit des effets contraignants. S'il est indéniable que cet instrument permet à la Cour de justice de s'imposer – et d'imposer la primauté du droit de l'Union - aux juges nationaux, lorsqu'il est utilisé par une cour constitutionnelle cet aspect s'estompe. Le style de rédaction et les contenus, à la fois, des ordonnances de saisine de la Cour

⁸⁴⁹ Pt. 8.

⁸⁵⁰ V. sur ce thème, M. Blanquet, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? », in B. Bertrand, F. Picod, S. Roland (dir. par), *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de C. Blumann*, Bruylant, 2015.

⁸⁵¹ V. notamment l'exemple du Trib. Cuneo, *ordinanza* du 17 janvier 2014, GUP Boetti, cit. (aff. *Tarico*).

⁸⁵² Cour const. ord. n°24/2017.

⁸⁵³ Cour const., ord. n°24/2017 et n°182/2020.

⁸⁵⁴ Cour const., ord. n°117/2019.

⁸⁵⁵ M. Chiti, « Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa? », *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, p. 745.

constitutionnelle et des arrêts de la Cour de justice en réponse aux questions, sont ceux d'un dialogue entre pairs. Le renvoi préjudiciel en tant qu'instrument attribuant un rôle déterminant aux « portiers », c'est-à-dire à ceux qui détiennent les clés d'accès des ordres juridiques⁸⁵⁶, trouve dans le dialogue entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice sa pleine réalisation en ce qu'il permet de prévenir les violations du droit communautaire, tout en contribuant à sa construction.

C. La demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme, une procédure essentielle dans la perspective du pluralisme constitutionnel

Le système conventionnel a voulu se doter d'un instrument procédural d'articulation entre les juges nationaux et la Cour EDH. Le Protocole additionnel n°16 à la Convention EDH prévoit que les plus hautes juridictions des Hautes Parties contractantes peuvent obtenir de la Cour EDH des avis sur les questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés⁸⁵⁷. Le rapport explicatif du Protocole précise que l'objectif est celui de « favoriser le dialogue entre les juges et de renforcer le rôle 'constitutionnel' de la Cour »⁸⁵⁸.

La demande d'avis consultatif peut être posée, de manière facultative, uniquement par les Hautes juridictions, c'est-à-dire par les juridictions de dernière instance et les juridictions constitutionnelles. Il s'agit par ailleurs de juridictions que les États seront libres de déterminer. La demande doit être formulée dans le cadre d'un procès en cours. L'avis rendu par la Cour EDH n'a pas de caractère obligatoire.

Ouvert à la signature le 2 octobre 2013, le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} août 2018, lorsque dix États l'ont ratifié et signé⁸⁵⁹.

L'Italie a signé le Protocole le 2 octobre 2013, mais, depuis, le Parlement ne l'a pas ratifié, ce qui empêche son entrée en vigueur dans cet ordre juridique. Deux projets de loi⁸⁶⁰ ayant pour objet l'autorisation à la ratification et à l'exécution des Protocoles n°15 et n°16 ont été présentés et discutés entre janvier 2019 et septembre 2020, d'abord au sein des commissions Justice et Affaires étrangères et ensuite au sein de la Chambre des députés. Après de nombreuses discussions, et sous la pression des partis de droite et d'extrême droite (en particulier, le parti de la *Lega-Salvini Premier*)⁸⁶¹, seul le projet de loi pour la ratification et l'exécution du Protocole n°15 a été approuvé par la Chambre des députés le 30 septembre 2020⁸⁶². En effet, le 29 juillet 2020, la commission chargée d'étudier les projets de loi a décidé de renvoyer la ratification du Protocole n°16 afin d'effectuer « un examen plus approfondi » de ce texte et surtout, comme l'a affirmé la députée Laura Boldrini,

⁸⁵⁶ R. Romboli, « Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo », *Rivista AIC*, n°3/2014, p. 2.

⁸⁵⁷ Pour faciliter l'entrée en vigueur du protocole 16, il a été décidé qu'il entrerait en vigueur après dix ratifications et seulement à l'égard des États l'ayant ratifié. Cette dérogation s'explique à la fois par le souci d'accélérer son entrée en vigueur et par le souhait de laisser les États libres d'autoriser ou non leurs juridictions à avoir recours à cette procédure.

⁸⁵⁸ https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf

⁸⁵⁹ Sur l'état des ratifications et des signatures v. : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures>

⁸⁶⁰ *Atto Camera* 1124-A du gouvernement (<https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=1124-A&sede=&tipo=>) et proposition de loi *Atto Camera* 35 Schullian et autres (<https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=35&sede=&tipo=>)

⁸⁶¹ Pour un résumé, v. les débats à la Chambre des députés italienne après le vote, en particulier l'intervention du député Flavio Di Muro de la *Lega-Salvini Premier*, <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0401&tipo=stenografico#sed0401.stenografico.tit00120>

⁸⁶² Il devra ensuite être approuvé par le Sénat.

en raison de la « crainte, manifestée par certains, que la procédure prévue puisse affaiblir le rôle des hautes cours italiennes et certains principes » de l'ordre juridique italien⁸⁶³.

Ainsi, pour l'heure, formellement, aucun dialogue n'est possible entre les juges italiens et la Cour EDH. Bien que les « hautes cours italiennes » n'aient manifesté aucune crainte vis-à-vis de cette nouvelle procédure, mais qu'au contraire, elles se soient prononcées explicitement en sa faveur (1), pour l'instant ont primé les tenants du maintien d'une approche dualiste et formelle des rapports entre l'ordre italien et l'ordre conventionnel (2), dont nous nous attacherons à réfuter les thèses, à l'aune d'une analyse pluraliste de ce nouvel instrument (3).

1. Les hautes cours audacieuses

Les « hautes cours italiennes », et notamment la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ont vu, de façon très pragmatique, dans la procédure introduite par le Protocole n°16 un instrument pouvant aider la coordination des juges et l'homogénéisation de la protection des droits.

La Cour de cassation – En particulier, lors de l'audition devant la commission parlementaire, le premier président de la Cour suprême de cassation Giovanni Mammone - accompagné de l'ancien président de la Cour EDH, et maintenant président de section à la Cour de cassation, Guido Raimondi - s'est exprimé dans un sens très favorable à l'introduction d'une procédure permettant de demander un avis préalable à la Cour EDH en cas de difficulté interprétative. Selon lui, la procédure prévue par le Protocole répond à un besoin concret des juges nationaux. L'intégration des normes supranationales en droit interne est un fait : « tous les juges avant d'appliquer une norme s'interrogent désormais sur les liens avec les dispositions supranationales », d'autant plus que les parties au procès font appel avec une fréquence grandissante à la Conv. EDU. Puisque « les deux ordres doivent coexister, il est alors nécessaire de créer des ponts ».

En d'autres termes, les juges nationaux doivent connaître l'interprétation de la norme conventionnelle fournie par la Cour EDH - qui en est son interprète ultime -, d'autant plus qu'il s'agit de « principes », de normes qui « orientent » les ordres juridiques, sans imposer des règles d'application immédiate. Les conflits interprétatifs sont alors d'autant plus délicats. En ce sens, la saisine de la Cour EDH permettrait de « faciliter le travail des juges nationaux et de la Cour de cassation » et de « prévenir des contestations futures ».

L'exigence concrète de cette procédure est prouvée par la création, dès 2015, d'un protocole entre la Cour EDH et Cour de cassation italienne permettant un contact direct entre les « structures internes » des deux juridictions. À cette fin, il a été créé un bureau qui facilite les échanges entre les archives des deux institutions, qui diffuse la jurisprudence de la Cour EDH auprès des conseillers de la Cour et qui communique à la Cour EDH « les exigences concrètes »⁸⁶⁴ de la Cour italienne. Selon Mammone, le Protocole n°16 permettrait de poursuivre une collaboration qui est, de fait, déjà établie entre les juges⁸⁶⁵.

Le premier président de la Cour de cassation souligne bien, lors de l'audition, le caractère

⁸⁶³ C'est exprimée ainsi Laura Boldrini, députée du Parti démocrate, le 30 septembre 2020. <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0401&tipo=stenografico#sed0401.stenografico.tit00120>

⁸⁶⁴ Le président Mammone ne donne pas plus de détails sur ce qu'il entend par « exigences concrètes ».

⁸⁶⁵ En novembre 2017, le Conseil d'État italien a également signé un protocole de collaboration avec la Cour EDH.

facultatif de la demande, ce qui fait de la procédure de saisine un « *quesito preliminare* » – une question préalable - et non « un recours incident ». Puisque la Conv. EDH ne produit pas d'effet direct en droit interne, la « question » permet au juge « de se faire une idée » sur l'interprétation de la Cour, sans que celle-ci ne puisse avoir, par la suite, des conséquences directes sur la législation nationale⁸⁶⁶. Mammone voit donc la procédure de saisine comme un révélateur de la « perméabilité des deux ordres juridiques » : le droit conventionnel influence le droit et la jurisprudence nationaux, mais ceux-ci, *via* la demande d'avis consultatif, peuvent orienter le système de Strasbourg et le rendre ainsi plus efficace⁸⁶⁷.

La Cour constitutionnelle – En ce qui concerne le juge constitutionnel, bien avant le récent débat parlementaire, dans l'arrêt n°49/2015, il se fait promoteur « d'une confrontation constructive entre les juges nationaux et la Cour EDH sur le sens à attribuer aux droits de l'homme ». En ce sens, il explique que cette « approche pourra, en perspective, devenir d'autant plus fructueuse à la lumière du Protocole additionnel n°16 à la Convention ». Tout comme le président de la Cour de cassation, le juge constitutionnel met en valeur le caractère facultatif de l'avis rendu par la Cour de Strasbourg. Cette option confirme, en effet, que le système conventionnel privilégie « une confrontation fondée sur l'argumentation, dans une optique de coopération et de dialogue entre les Cours », au lieu de « l'imposition verticale et hiérarchisée de l'interprétation de questions de principe qui » parfois « n'ont pas été résolues par une jurisprudence (européenne) consolidée »⁸⁶⁸.

Le juge constitutionnel voit donc dans la procédure de saisine de la Cour EDH un instrument permettant non de marginaliser les juges nationaux – comme le prétendent certains parlementaires –, mais au contraire d'exalter leur rôle dans la construction d'une interprétation, et donc d'un droit, commune en matière de droits fondamentaux. La saisine permettrait en effet de résoudre de façon anticipée les situations conflictuelles telles que celle qui s'est présentée lors des affaires *Varvara* et *G.I.E.M.*⁸⁶⁹. Pour que le dialogue ne se fasse pas de façon indirecte, par des arrêts successifs, pendant un temps qui peut être très long⁸⁷⁰, ou bien que la Cour constitutionnelle n'arrive à la solution extrême d'opposer les contre-limites, la procédure du Protocole n°16 permet de signaler rapidement les difficultés qui se posent à l'application du droit conventionnel et, éventuellement, de les résoudre.

En ce sens, la polémique autour de l'exigence, exprimée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°49/2015 lui-même, de ne donner application qu'à « la jurisprudence consolidée » de la Cour de Strasbourg⁸⁷¹ serait en grande partie résolue. En cas de jurisprudences strasbourgeoises contradictoires dans un domaine déterminé, le doute des juges nationaux sur l'interprétation conforme pourrait être posé directement à la Cour EDH par les cours nationales suprêmes.

Tout comme le renvoi préjudiciel au sein de l'Union, la saisine pourrait alors avoir plusieurs

⁸⁶⁶ Retranscription de l'audition du président Mammone du 8 janvier 2020, accessible sur <https://webtv.camera.it/evento/15730>

⁸⁶⁷ Le président Mammone considère que le système conventionnel peut être « plus efficace » grâce à la procédure d'avis consultatif, puisque la plus grande acceptation du droit conventionnel par les juges nationaux, qui seraient enfin impliqués dans la construction de la jurisprudence conventionnelle, est gage d'un plus grand respect de la Convention EDH elle-même.

⁸⁶⁸ Cour const., arrêt n°49/2015, §7.

⁸⁶⁹ CEDH, *Varvara c. Italie*, 29 oct. 2013, 17475/09 ; GC, *G.I.E.M. Srl et autres c. Italie*, 28 juin 2018, *cit.*

⁸⁷⁰ Dans le cas de l'affaire *Varvara*, le dialogue indirect s'est déroulé pendant cinq ans, avant qu'une solution soit trouvée.

⁸⁷¹ V. Première partie.

fonctions, au-delà même de celle d'interpréter le droit conventionnel. Elle permettrait de révéler les éventuelles contradictions entre les arrêts de la Cour de Strasbourg rendant difficile l'application du droit conventionnel ; elle donnerait l'occasion aux juges nationaux d'étayer les raisons juridiques et culturelles à la base d'éventuelles résistances nationales au droit conventionnel ; elle rendrait possible la formulation de solutions de compromis, à la fois, par les juges nationaux dans l'ordonnance de saisine et par la Cour de Strasbourg dans son avis.

L'urgence, pour le juge constitutionnel, de la ratification du Protocole n°16 a été confirmée en 2019, lors de la rencontre entre les Hautes Cours nationales et la Cour EDH. Au cours de cette réunion, a été signé un Protocole d'entente entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Strasbourg, à l'image du Protocole liant déjà la Cour de cassation et la Cour supranationale. Ce Protocole a été défini par le président Lattanzi comme faisant partie d'un « réseau informel entre les cours suprêmes », ayant pour but de préparer le terrain à l'entrée en vigueur en Italie de la procédure prévue par le Protocole n°16⁸⁷².

De façon très explicite, le communiqué de presse faisant suite à la rencontre, a précisé que les débats ont fait émerger « la nécessité que les cours européennes – dans une phase historique de faiblesse, dans certains pays, des droits fondamentaux – dialoguent entre elles pour garantir la protection renforcée de ces droits, en assurant l'harmonisation des jurisprudences respectives. À cette fin, a été remarquée l'urgence de l'approbation, par le parlement italien, du projet de loi pour la ratification et l'exécution du Protocole n°16, qui permet un *dialogue effectif* avec la Cour de Strasbourg »⁸⁷³.

Puisque les Hautes cours ne craignent pas le Protocole n°16, qui sont alors ceux qui se méfient de cette nouvelle procédure ?

Le débat au sein de la doctrine⁸⁷⁴ met en exergue deux approches différentes de la Constitution et du rôle des juges en matière de protection des droits fondamentaux.

2. La doctrine frileuse

La position de Massimo Luciani, exprimée lors de l'audition devant la commission

⁸⁷² G. Lattanzi, « Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo », *forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2019. Le Protocole prévoit le déroulement de « rencontres périodiques » entre les membres des deux Cours sur des thèmes « d'intérêt commun et d'actualité ».

⁸⁷³ Communiqué de presse de la Cour constitutionnelle du 11 janvier 2019, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190111163258.pdf

⁸⁷⁴ V. *ex multis* : O. Pollicino, « La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16? », *Dir. Un. Eur.*, 2/2014, p. 293 ss.; N. Posenato, « Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani », *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, p. 1421 ss.; R. Romboli, « Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo », *cit* ; R. Conti, « La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea », *Consulta OnLine*, 16 mai 2014 ; Id., « Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili », *Questione giustizia*, 30 janv. 2019; E. Lamarque (dir. par), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015 ; E. Malfatti, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, Giappichelli, 2015 ; A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, p. 328 ss.; I. Anrò, « Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti? », *Eurojus*, 2/2019, 24 avril 2018 ; E. Crivelli, « Il protocollo n. 16 alla Cedu entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo », *Quad. cost.*, 3/2018, 719 ss.

parlementaire qui a étudié les projets de loi sur la ratification des deux protocoles, résume de façon paradigmatique les raisons théoriques et pratiques d'une opposition ferme à la procédure d'avis consultatifs. Elle révèle, par ailleurs, l'attachement profond d'une partie de la doctrine italienne à la préservation d'une approche dualiste et formelle des rapports entre les systèmes.

Une lutte de pouvoir - C'est donc à la lumière de cette approche que le professeur romain analyse le Protocole n°16 dans les termes d'une lutte de pouvoir, de positionnements stratégiques des cours, d'empiètement du judiciaire sur le législatif, de suprématie et d'opposition entre les ordres juridiques. Selon lui, décider des droits équivaut à exercer un pouvoir, un pouvoir qui devrait être exercé par des parlementaires démocratiquement élus et non par des juges, dont le « dialogue » n'est rien d'autre qu'une défense de leur propres prérogatives vis-à-vis des autres cours, nationales et supranationales⁸⁷⁵. Dans cette optique, la procédure d'avis consultatif doit être analysée comme une réponse stratégique de la Cour EDH à la Cour de justice de l'Union, en réaction à l'avis négatif rendu sur l'adhésion de l'Union européenne au système de la Convention EDH⁸⁷⁶.

Le caractère préjudiciel de la demande - En ce sens, Luciani assimile la nouvelle procédure conventionnelle au renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE : selon lui, le caractère facultatif de l'avis n'est qu'un leurre, puisqu'il est « inimaginable » qu'un juge italien prenne ses distances avec une juridiction qu'il a lui-même saisi⁸⁷⁷. Aussi, bien que formellement cela ne soit pas exigé, il est prévisible que le juge *a quo* suspendra le procès dans l'attente de la réponse de la Cour EDH. Ainsi, à nouveau, pour lui, ce qui est présentée comme une faculté dans les textes est en réalité une obligation. Enfin, la prévision selon laquelle « La juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante »⁸⁷⁸, est une preuve du fait que la demande d'avis ne sert pas à satisfaire une simple curiosité du juge national, mais qu'elle doit être déterminante pour la décision de l'espèce. Le caractère préjudiciel de la procédure est donc démontré⁸⁷⁹.

La marginalisation de la Cour constitutionnelle – De manière générale, la lecture « guerrière » des rapports entre les ordres et les cours conduit Luciani à dénoncer le risque d'une marginalisation de la Cour constitutionnelle qui, saisie après la Cour EDH, ne deviendrait qu'un juge secondaire⁸⁸⁰. La protection des droits deviendrait alors la prérogative des juges ordinaires et d'une « super Cour constitutionnelle européenne »⁸⁸¹ - celle de Strasbourg – qui interviendrait dans les affaires les plus délicates, en imposant sa propre interprétation des droits, même lorsque celle-ci serait en conflit

⁸⁷⁵ M. Luciani, « Appunti per l'audizione innanzi la 2^a Commissione - Giustizia - della Camera dei deputati 26 novembre 2019 », https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/002/916/Contributo_Prof._Luciani.pdf, p. 1-2.

⁸⁷⁶ *Id.*, p. 2.

⁸⁷⁷ *Id.*, p. 5. En ce sens, aussi M. Lipari, « Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 », *Federalismi.it*, n°3/2019, p. 11 et 24 ; F. Vari, « Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU », *Dirittifondamentali.it*, 13 nov. 2019, p. 6-7 ; G. Cerrina Feroni, « Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali », *Federalismi.it*, n°5/2019, p. 7.

⁸⁷⁸ Art. 1, 3^e al., Protocole n°16.

⁸⁷⁹ M. Luciani, « Appunti per l'audizione », *cit.*, p. 6.

⁸⁸⁰ En ce sens aussi : G. Cerrina Feroni, « Il disegno di legge », *cit.*, p. 3 ; F. Vari, « Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU », *cit.*, p. 8-9.

⁸⁸¹ F. Vari, « Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU », *cit.*, p. 7.

avec la Constitution nationale.

Les risques procéduraux - *In fine*, Luciani souligne le risque que cette procédure allonge la durée des procès nationaux et qu'elle conduise aussi à un engorgement des recours devant la Cour EDH⁸⁸².

3. Les raisons pour persévérer dans l'audace

À notre avis, il s'agit d'un combat d'arrière-garde qui risque de ne pas saisir celle qui est la réalité quotidienne de la protection juridictionnelle des droits, en restituant une image déformée des rapports entre les systèmes et, en l'espèce, du Protocole n°16, de ses objectifs et de son fonctionnement.

La Convention EDH et la Charte de Nice sont désormais des paramètres constamment invoqués par les parties au procès et systématiquement utilisés par les juges pour assurer la protection des droits⁸⁸³. Ces textes viennent compléter une Constitution qui ne se suffit plus à elle-même⁸⁸⁴ puisque son contenu évolue désormais dans un contexte non plus seulement national, mais européen.

CEDH et souverainisme populiste - Le pluralisme des chartes et des recours – organisé autour du principe de subsidiarité⁸⁸⁵ – permet une protection accrue des droits. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les partis politiques italiens de droite et d'extrême droite⁸⁸⁶ s'opposent à la ratification du Protocole n°16. Très instructive, à ce sujet, est l'intervention du député de la *Lega-Salvini Premier*, Flavio Di Muro, après le vote sur la ratification du Protocole n°15, le 30 septembre 2020. Le député affirme que par l'opposition au Protocole n°16, La Ligue veut éviter « que la globalisation des droits ne devienne une globalisation des procès ». Pour illustrer cette idée, il donne un exemple. Il indique que la Ligue s'oppose, en particulier, au risque qu'un ministre qui subit un procès « injuste » en raison de sa politique en matière d'immigration puisse, à cause de ce protocole, subir un même procès à Berlin ou à Paris. Le député fait ici référence au chef de son parti politique, Matteo Salvini et au procès en cours au tribunal des ministres de Catane relatif à l'affaire *Diciotti*⁸⁸⁷. Au-delà de l'analphabetisme juridique dont il fait preuve – puisque Salvini ne peut pas être mis sous procès à

⁸⁸² M. Luciani, « Appunti per l'audizione », *cit.*, p. 8 ; G. Cerrina Feroni, « Il disegno di legge », *cit.*, p. 3 ; F. Vari, « Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU », *cit.*, p. 10.

⁸⁸³ En ce sens, s'expriment à la fois le président Mammona lors de l'audition du 8 janvier 2020 à la Chambre des députés italienne (<https://webtv.camera.it/evento/15730in>) et le conseiller d'État français Matthias Guyomar in « Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rec. Dalloz*, 2020, p. 497.

⁸⁸⁴ En ce sens, A. Ruggeri, « Protocollo 16 e identità nazionale », *Rivista di Diritti comparati*, <https://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2020/01/Ruggeri-0-2020.pdf>, p. 9.

⁸⁸⁵ Sur ce point v. R. Sabato, « Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU », *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 16 décembre 2019.

⁸⁸⁶ Le député Andrea Del Mastro delle Vedove du parti d'extrême droite *Fratelli d'Italia* définit le Protocole n°16 « scélérat » en ce qu'il pourrait conduire à une plus grande intégration du droit conventionnel en droit interne. Selon lui, c'est en effet « à travers la CEDH qu'une certaine vision du monde du Nord de l'Europe entend reprogrammer les Pays latins, méditerranéens, catholiques et un peu puants » au nom d'une modernité « qui renverse l'idée de famille, qui bouleverse l'idée de gestation pour autrui ».

<https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0401&tipo=stenografico#sed0401.stenografico.tit00120>

⁸⁸⁷ Pour une analyse de l'affaire *Diciotti* v. C. Siccardi, « Il divieto di sbarco nei porti italiani fra prassi e novità normative : il ruolo dei giudici », in S. Catalano, N. Perlo, *Le rôle des juges face aux crises migratoire, sécuritaire et économique en France et en Italie*, Cahiers Jean Monnet, Presses de l'Université de Toulouse, 2020, p. 111 ss.

Paris ou à Berlin -, le député exprime, au fond, la crainte que la plus grande intégration du droit conventionnel en droit interne puisse conduire à une protection accrue des droits des individus face à un pouvoir étatique qui agit de manière disproportionnée. Il s'agit du thème classique, débattu depuis le procès de Nuremberg, sur la légitimité du droit international à intervenir pour la défense des individus contre des États tyrans. Or, par son adhésion au Conseil de l'Europe, l'Italie a fait le choix de reconnaître cette légitimité. Le Protocole n°16 ne fait rien d'autre qu'instituer une procédure d'articulation entre les juridictions nationales et la Cour EDH poursuivant l'objectif, finalement, de faciliter l'acceptation du droit conventionnel en droit interne.

Une procédure au service de la bonne administration de la justice - Le Protocole n°16 n'est donc pas le résultat d'une prétendue guerre ou rivalité entre les cours, mais le résultat d'une réflexion sur les modalités aptes à éviter les oppositions, les conflits entre les ordres et les cours⁸⁸⁸. En ce sens, la prévention des conflits normatifs à travers le dialogue direct devrait prévenir les recours et, à terme, désengorger les rôles de la Cour EDH⁸⁸⁹. En droit interne, une clarification précoce de l'interprétation du droit conventionnel empêche, d'une part, la multiplication de décisions de justice différentes, en garantissant ainsi la sécurité juridique, et d'autre part, elle assure une bonne administration de la justice, en évitant que les citoyens soient obligés d'agir en justice à coût onéreux, pour garantir leurs droits⁸⁹⁰.

Il suffit, encore une fois, de prendre l'exemple de l'affaire *Varvara* pour constater les avantages concrets d'une telle démarche. Dans cette affaire relative à la confiscation urbaine pour lotissement illicite, la Cour de cassation s'est prononcée, la première fois, en 2004. Le requérant, M. Varvara, a présenté son recours à la Cour EDH en 2009⁸⁹¹. La Cour de Strasbourg a statué le 29 octobre 2013. La prise de position, indirecte, du juge constitutionnel est intervenue le 14 janvier 2015, lorsque des affaires analogues se sont présentées. La Cour EDH a enfin assoupli sa jurisprudence au vu des considérations du juge constitutionnel italien le 28 juin 2018, lorsqu'elle a été investie d'une affaire similaire.

Quatorze ans se sont donc écoulés pour que ce dialogue indirect puisse se conclure. Certes, le Protocole n°16 n'existait pas en 2004 et les temps de la justice ont suivi un cours obligé, mais il nous semble que si la Cour de cassation avait pu saisir dès le départ la Cour EDH d'une « question préliminaire », peut-être que le compromis normatif entre les deux ordres juridiques serait intervenu beaucoup plus tôt, avec des bénéfices évidents pour la sécurité juridique, la protection des droits fondamentaux et l'effectivité des recours juridictionnels.

La demande d'avis est-elle un renvoi préjudiciel ? - Un autre « mythe » autour du Protocole n°16 doit, à notre avis, être déconstruit : celui de la correspondance prétendue entre la demande d'avis

⁸⁸⁸ En ce sens, le président Mammone dans l'audition à la Chambre des députés du 8 janvier 2020, *cit.* ; A. Ruggeri, « Protocollo 16 e identità costituzionale », *cit.*

⁸⁸⁹ En ce sens, l'ancien juge à la Cour EDH Guido Raimondi lors de l'audition du 8 janv. 2020 à la Chambre des députés, <https://webtv.camera.it/evento/15730in>.

⁸⁹⁰ Considèrent que l'allongement de la durée des procès sera compensé par d'autres bénéfices Roberto Conti in « Chi ha paura del protocollo 16 – e perché? », *Sistema penale*, 27 déc. 2019 et Antonio Ruggeri, « Protocollo 16 e identità costituzionale », *cit.*, p. 22.

⁸⁹¹ La Cour de cassation avait finalement débouté le requérant de son pourvoi par un arrêt du 11 juin 2008, déposé au greffe le 1^{er} octobre 2008.

à la Cour EDH et le renvoi préjudiciel de l'art. 267 TFUE, ce qui fonde la crainte de la création à terme d'une « super Cour constitutionnelle supranationale » marginalisant le juge constitutionnel national.

Tout d'abord, s'il est vrai que le juge *a quo* aura tendance à se conformer à l'avis rendu par la Cour EDH, tout du moins pour éviter des recours juridictionnels par la suite⁸⁹², cela ne prive pas en soi le juge *a quo*, ni les autres acteurs juridictionnels, de leur faculté de s'écarter des indications reçues par la Cour de Strasbourg. En témoigne la première demande d'avis consultatif présentée par la Cour de cassation française à la Cour EDH⁸⁹³. Une fois l'avis rendu, l'assemblée plénière de la Cour suprême française a adopté une décision qui a pris ses distances avec les indications contenues dans l'avis. Elle a notamment décidé d'offrir une protection plus intense que celle qui aurait été garantie en appliquant littéralement l'avis des juges de Strasbourg⁸⁹⁴. À la différence de ce que le professeur Luciani affirme, l'avis de la Cour EDH a été conçu comme non contraignant et il l'est, pour l'heure, dans son application concrète.

Une procédure à tendance abstraite - L'expérience française du premier avis consultatif⁸⁹⁵ dément un autre argument en faveur du caractère préjudiciel de la procédure : la pertinence de la question par rapport à la solution de l'affaire. Or, dans sa demande, la Cour de cassation étend sa question sur un problème qui ne se posait pas, spécifiquement, dans l'affaire en cause – à savoir la situation d'une mère d'intention qui serait également la mère biologique de l'enfant⁸⁹⁶. Cela tient au caractère foncièrement abstrait de cette nouvelle procédure « *a priori* ». Même si la question posée doit être « incarnée » dans un litige, l'avis a pour vocation de poser des principes généraux, valables au-delà du cas concret⁸⁹⁷. C'est d'ailleurs en ce sens que s'exprime la Cour EDH dans son premier avis, lorsqu'elle affirme que l'intérêt de ces décisions « est également de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires » (§ 26) . Ainsi, « L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance »⁸⁹⁸. La Cour ne fournit donc que « des clefs d'interprétation »⁸⁹⁹.

⁸⁹² A. Ruggeri, « Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16) », *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), n°1/2014, 7 fév. 2014, § 3; v., aussi R. Romboli, « Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo », *cit.*, § 12.

⁸⁹³ Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30.138, *D.* 2019. 228, note P. Deumier et H. Fulchiron, 663, obs. F. Granet-Lambrechts, et 725, obs. J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2018. 613, obs. M. Saulier, 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 640 ; *RTD civ.* 2019. 90, obs. A.-M. Leroyer ; *JCP* 2018. 1190, note A. Gouttenoire.

⁸⁹⁴ V. Cour cass., ass. plén., arrêt n°648 du 4 oct. 2019 (10-19.053). V. aussi Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, nos 18-14.751 et 18-50.007, A.-M. Leroyer « AMP-GPA : la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger sauvée par les juges et condamnée par le Parlement ? », *RTD Civ.* 2020 p. 81.

⁸⁹⁵ CEDH, GC, Avis consultatif du 10 avril 2019, demande n°P16-2018-001.

⁸⁹⁶ L'affaire *Mennesson* concerne la reconnaissance de la maternité légale d'une mère d'intention qui n'est pas mère biologique de deux jumelles, nées par fécondation *in vitro* et par gestation pour autrui. Le père d'intention est en revanche père biologique des enfants.

⁸⁹⁷ En ce sens, déjà F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du protocole n° 16 - Une embellie pour la convention EDH ? », *JCP* 2018, n° 17, p. 473

⁸⁹⁸ La formule est empruntée au point 11 du Rapport explicatif.

⁸⁹⁹ H. Fulchiron, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *Rec. Dalloz*, 2019, p. 1084 ss.

La construction commune d'une solution partagée - L'approche de la Cour EDH se prête bien alors à l'idée d'une procédure permettant d'élaborer des solutions partagées : bien qu'elle exprime son souhait à ce que l'avis soit suivi (§34), la Cour strasbourgeoise ne contraint pas la juridiction demanderesse. Comme il avait été annoncé par Frédéric Sudre, l'objectif de la procédure est bien celui de renforcer la « responsabilité partagée »⁹⁰⁰ entre les différents acteurs du système conventionnel en remplaçant le « cycle violation-sanction » par une « subsidiarité-complémentarité »⁹⁰¹. À la place de la contrainte cette procédure invite au dialogue et à l'écoute réciproque.

C'est ainsi que dans l'affaire *Menneson*, la Cour EDH a été interrogée dans le but de préciser le sens et la portée de l'un de ses arrêts et, en même temps, de valider ou d'infirmer la traduction qui en avait été faite par les juridictions d'un État partie⁹⁰². *Mutatis mutandi*, comme dans les questions préjudicielles posées par la Cour constitutionnelle italienne à la Cour de justice, la Cour de cassation française demande un avis à la Cour EDH non pour être éclairée sur la construction d'une solution, mais pour proposer au juge supranational une solution déjà élaborée en interne⁹⁰³. De son côté, la Cour EDH accueille la proposition de la Cassation, en validant sa jurisprudence, tout en précisant, de façon ferme, les conditions dans lesquelles la jurisprudence française lui semble respectueuse des droits et libertés garantis par la Convention⁹⁰⁴. L'interaction entre les deux cours contribue alors à la construction d'un cadre commun *a minima* sur la protection de l'intérêt des enfants nés de la gestation pour autrui dans les pays qui interdisent cette pratique.

Le dilemme sur le caractère démocratique de l'approche pluraliste - Il est indéniable que cela a un impact non seulement sur les cours nationales, mais aussi sur les législateurs des États parties, ce qui questionne encore une fois le dilemme sur le caractère démocratique de la construction prétorienne de la protection des droits fondamentaux. Or, les juges interprètent des lois votées par le Parlement, y compris celle qui a ratifié la Convention EDH. Confrontés à l'évolution incessante des questionnements en matière de protection des droits, ils adaptent les normes aux exigences impérieuses de justice, au sein d'un cadre juridique complexe auquel contribue aussi, et de façon déterminante, le législateur. Il suffit de constater que, suite aux décisions audacieuses de la Cour de cassation française en matière d'établissement de la filiation du parent d'intention, le Sénat, lors des débats sur la loi bioéthique s'est opposé à la transcription intégrale, en admettant seulement l'adoption⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ Cette expression est utilisée par la Déclaration de Copenhague de 2018 pour décrire les liens entre la Cour européenne et les États parties, en particulier, les cours nationales. Ainsi que le relève le point 33 de cette déclaration : « Pour qu'un système de responsabilité partagée soit effectif, il faut une bonne interaction entre les niveaux national et européen. Cela implique, dans le respect de l'indépendance de la Cour et du caractère contraignant de ses arrêts, un dialogue constructif et continu entre les États parties et la Cour sur leurs rôles respectifs dans la mise en oeuvre et le développement du système de la Convention, y compris le développement, par la Cour, des droits et des obligations énoncés dans la Convention ».

⁹⁰¹ F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du protocole n° 16 - Une embellie pour la convention EDH ? », *cit.*

⁹⁰² V. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, nos 15-28.597, 16-16.901, 16-16.455, 16-16.495 et 16-20.052, D. 2017. 1737, note H. Fulchiron, 1727, obs. A. Gouttenoire, 2018. 528, obs. F. Granet-Lambrechts, 641, obs. M. Douchy-Oudot, 765, obs. J.-C. Galloux, et 966, obs. S. Clavel ; *AJ fam.* 2017. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse, 375, point de vue F. Chénéde.

⁹⁰³ P. Deumier, H. Fulchiron, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ? », *Rec. Dalloz*, 2019. 228.

⁹⁰⁴ H. Fulchiron, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *Rec. Dalloz*, 2019, p. 1084 ss.

⁹⁰⁵ V. A.-M. Leroyer, « AMP-GPA : la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger sauvée par les juges et condamnée par le Parlement ? », *cit.*, p. 81.

Les débats sont en cours à l'Assemblée nationale, mais cette affaire prouve que les juges peuvent avoir un rôle propulsif en matière de protection des droits, sans avoir toutefois le dernier mot. À son tour, le législateur pourra imposer une loi qui opère une mise en balance différente des droits, mais il n'aura pas le dernier mot non plus. Les juges nationaux et européens pourront vérifier à nouveau la réglementation à la lumière de la Constitution, de la Convention EDH, de la Charte de Nice. Nous sommes bien à l'époque de la souveraineté d'un système matériellement constitutionnel et pluriel de protection des droits, et non à l'époque de la souveraineté du législateur, ni des juges non plus.

En conclusion, la première expérience d'avis consultatif rassure quant à la crainte qu'il puisse s'agir d'un instrument tendant à écarter les juges suprêmes nationaux et le législateur des décisions sur la protection des droits fondamentaux.

Toutefois, nous comprenons bien qu'elle ne puisse ni rassurer ni convaincre les tenants de la doctrine dualiste, en ce que cette procédure est bien le résultat de la logique pluraliste. Le protocole n°16 sous-tend l'idée de la construction par les juges d'un espace constitutionnel commun et pluriel, guidé par le principe de la protection renforcée des droits. Il est pensé pour créer des ponts et non pas des murs entre les ordres juridiques.

Chapitre 2. Un critère matériel phare : la *massima espansione delle garanzie*

En tirant les conséquences d'un système normatif désormais pluriel, les juges italiens semblent à présent convaincus des bénéfices d'un dialogue direct avec les cours européennes, et ils ont choisi de ne pas hiérarchiser les deux renvois préjudiciels, constitutionnel et européen, considérés comme « concurrents »⁹⁰⁶. En revanche, est loin d'être établie la détermination d'un critère stable permettant d'indiquer quelle charte – entre la Constitution, la Charte UE et la Conv. EDH – le juge national doit appliquer lorsqu'il s'agit de protéger les droits fondamentaux.

Bien évidemment, la Charte UE s'applique dans la limite du domaine de compétence défini par son article 51. Quant à la Convention EDH, entre en jeu le principe de subsidiarité : elle intervient là où le droit étatique est défaillant. Toutefois, ces précisions ne sauraient suffire, puisque l'expérience montre que, très souvent, les trois chartes peuvent s'appliquer en même temps.

La question qui se pose dans ces situations est alors double. Tout d'abord, faut-il choisir une charte ? Et si oui, laquelle ?

La réponse à ces questions varie en fonction de l'approche théorique adoptée.

Le dualisme suggère de choisir la Constitution nationale, en ce que les deux autres textes appartiennent à des ordres juridiques externes et distincts.

Le constitutionnalisme global refuse, en revanche, de choisir une charte. Il propose d'éliminer toute différence formelle entre les textes matériellement constitutionnels, en les appliquant tous, en même temps. La solution jurisprudentielle à privilégier est alors celle qui

⁹⁰⁶ Dans l'arrêt n°20/2019 (pt.2.3), la Cour constitutionnelle affirme que « la survenance des garanties de la Charte UE, venues se rajouter à celles de la Constitution italienne, génère *un concours de remèdes juridictionnels*, enrichit les instruments de protection des droits fondamentaux et, par définition, exclut toute limitation » à l'application des chartes ainsi qu'à l'exercice des recours (l'italique est de l'auteur).

n'oblige pas l'opérateur à renoncer à l'une des chartes, mais qui, au contraire, permet de les valoriser toutes au travers d'une interprétation « mutuelle et circulaire »⁹⁰⁷.

Le pluralisme relève d'une voie médiane : la Constitution demeure la source hiérarchiquement supérieure, en ce qu'elle est le paramètre suprême permettant de juger du niveau – suffisant ou insuffisant – de protection accordée par les chartes supranationales aux droits fondamentaux. C'est en ce sens que la doctrine des contre-limites persiste. Toutefois, l'objectif poursuivi par les juges change. Le juge constitutionnel en particulier veille à l'harmonisation des sources matériellement constitutionnelles - nationales et européennes - ce qui implique leur prise en compte, au gré des affaires, afin d'assurer la « plus grande expansion des garanties », non seulement au sein de l'ordre juridique national, mais aussi au sein de l'ordre européen lui-même⁹⁰⁸. Il n'y a donc pas de confusion ni entre les sources du droit, qui restent distinctes, chacune avec ses spécificités, ni entre les compétences juridictionnelles, qui conservent leur pouvoir interprétatif. L'idée portée par le pluralisme est celle de préserver l'individualité des ordres juridiques et de leurs cours tout en les mettant en relation, afin qu'ils puissent s'influencer et s'inspirer l'un l'autre, guidés par l'objectif commun de la protection renforcée des droits en Europe.

Or, face à ces trois options, la Cour constitutionnelle et les juges ordinaires italiens oscillent, au gré des affaires et, en ce qui concerne la *Consulta*, en fonction des juges professeurs qui, en rédigeant les arrêts ou les ordonnances, marquent de leur sceau l'orientation doctrinale de la jurisprudence constitutionnelle.

Toutefois, dans les dix dernières années, il nous semble qu'une tendance s'esquisse. La théorie des sources n'est plus le seul cadre de référence. La reconnaissance de la valeur matériellement constitutionnelle des chartes supranationales trouve dans la théorie de l'interprétation pluraliste un cadre conceptuel adapté pour concilier les exigences formelles et matérielles de la protection des droits.

Le critère – ou « méta-principe »⁹⁰⁹ - qui guide le juge dans l'œuvre complexe d'interprétation des chartes est alors celui de la « *massima espansione delle garanzie* » - la plus grande expansion des garanties. Bien que, pour l'heure, ce principe ne soit pas complètement dénué d'ambiguïtés, il représente une contribution originale de la doctrine jurisprudentielle italienne à la construction d'un droit européen de la protection des droits fondamentaux.

Une fois éclairées les origines conceptuelles et le fondement constitutionnel de ce principe (A), les premières applications jurisprudentielles permettront d'en analyser la portée (B) et apprécier sa compatibilité avec, plus particulièrement, l'ordre juridique de l'Union européenne (C).

A. Les origines doctrinales du principe de « la plus grande expansion des garanties »

L'expression « *massima espansione delle garanzie* » est utilisée pour la première fois dans l'arrêt n°217 de 2009, la décision qui, avec l'arrêt numéro 311/2009, forme un couple précisant les règles

⁹⁰⁷ 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 », *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri39.pdf>.

⁹⁰⁸ M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 14.

⁹⁰⁹ Selon l'expression utilisée par Antonio Ruggeri in, parmi d'autres, « L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell'esperienza, gli auspicabili rimedi », in « *Itinerari* » di una ricerca sul sistema delle fonti, XXIII, *Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016, p. 284 ss.

établies en 2007 sur l'organisation des rapports entre l'ordre italien et l'ordre de la Convention EDH⁹¹⁰. L'arrêt est rédigé par le juge professeur Gaetano Silvestri, et tout constitutionnaliste italien a reconnu dans cette expression la référence à la formule de Paolo Barile : la « *massima espansione delle libertà costituzionali* » - la plus grande expansion des libertés constitutionnelles.

L'intégration de cette référence doctrinale dans la jurisprudence constitutionnelle est d'ailleurs explicitement admise par le professeur et juge Sabino Cassese⁹¹¹ et, implicitement, par Gaetano Silvestri lui-même, lorsqu'en 2019 il rend hommage à Barile dans un ouvrage publié à l'occasion des cent ans de la naissance du juriste⁹¹².

La compréhension de la jurisprudence constitutionnelle passe ainsi, tout d'abord, par l'encadrement de cette expression doctrinale dans l'œuvre intellectuelle de son auteur.

Paolo Barile, un juriste résistant - Paolo Barile n'a pas fait partie de l'Assemblée constituante, mais, au cours de la seconde guerre mondiale, il a participé à la Résistance et, après la guerre, par ses écrits il a contribué de façon déterminante à empêcher que la nouvelle Constitution ne demeure une simple proclamation d'intentions, mais qu'elle devienne une norme suprême de droit positif, capable de transformer radicalement l'ordre juridique et social italien⁹¹³. La Constitution est pour lui une « base axiologique générale et positive des raisons du vivre ensemble »⁹¹⁴ et, dans ce cadre, la protection des droits constitue un thème prioritaire pour le constitutionnalisme italien⁹¹⁵.

Peu enclin à l'élaboration de théories générales et abstraites⁹¹⁶, Barile analyse les droits et les libertés « dans le contexte », à l'aune de leur protection juridictionnelle, tout en posant un principe général important : « tout droit subjectif est un droit de liberté »⁹¹⁷. En ce sens, les droits ne sont pas, par leur nature, limités : « ils naissent selon la configuration que le droit positif leur accorde avec les seules limitations que la constitution elle-même, éventuellement, pose soit au moment où elle les reconnaît (...), soit ailleurs, dans d'autres normes qui, en affirmant des principes fondamentaux, limitent en quelque sorte le droit lui-même »⁹¹⁸.

« *La massima espansione delle libertà costituzionali* » - C'est dans le cadre de ces coordonnées essentielles que doit s'inscrire toute appréciation sur les conflits entre les droits. Pour Barile, les opérations, délicates et complexes, de mise en balance entre les droits ne doivent pas être laissées au libre arbitre du juge-interprète. Celui-ci doit adopter le critère finaliste de « la plus grande expansion des libertés constitutionnelles »⁹¹⁹. Ce critère implique une « interprétation extensive des

⁹¹⁰ V. *supra*.

⁹¹¹ S. Cassese, « La giustizia costituzionale : bilancio di un'esperienza ; ovvero il dilemma del porco spino », *cit.*, p. 314.

⁹¹² G. Silvestri, « Paolo Barile costituzionalista », in S. Merlini (dir. par), *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista*, Firenze University Press, Firenze, 2019, p. 109-118.

⁹¹³ Le premier ouvrage monographique de Paolo Barile est *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951.

⁹¹⁴ G. Silvestri, « Paolo Barile costituzionalista », *cit.*, p. 112.

⁹¹⁵ La deuxième monographie de Paolo Barile est en effet consacrée à *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953.

⁹¹⁶ E. Cheli, « Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia, in Nuove dimensioni nei diritti di libertà », in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 1990, XVI.

⁹¹⁷ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 13.

⁹¹⁸ *Id.*, p. 41.

⁹¹⁹ *Ibid.*

normes (de liberté), tendant à reconnaître la plus grande amplitude à la sphère d'activité de l'individu et des groupes »⁹²⁰.

En vertu de ce critère, le juge devra, à chaque fois, démontrer de façon analytique et argumentée les raisons d'une éventuelle limitation d'une liberté, sans qu'il puisse trouver aucun recours dans la simple référence à des clauses générales.

Dans ses écrits, Barile donne plusieurs illustrations concrètes de l'application de ce critère. Très fouillée est celle relative à l'article 21 de la Constitution italienne, qui reconnaît la liberté d'expression. Barile lie étroitement la manifestation de la pensée à sa diffusion, tout en mettant en évidence les répercussions importantes que la protection de ces libertés a sur la garantie de la liberté de l'art et de la science (art. 9 C), ainsi que sur l'effectivité du droit à l'éducation, à l'information et à la culture⁹²¹. En d'autres termes, Barile invite à considérer les droits reconnus par la Constitution comme un tout organique qui, au gré des cas concrets, exige d'être interprété de façon globale, au vu des répercussions générales, systémiques, que la limitation des droits peut avoir sur l'ordre constitutionnel.

Le fondement constitutionnel du critère - Ce critère n'est pas une invention doctrinale dépourvue de tout fondement juridique. Au contraire, il trouve, d'abord, ses racines philosophiques dans le principe personnaliste⁹²², un principe qui – comme nous l'avons évoqué plus haut - a inspiré et guidé le travail des constituants, en marquant de son sceau, tout particulièrement, les normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés⁹²³, ainsi que les rapports entre les systèmes.

Le principe personnaliste affirme la prééminence de la personne humaine sur l'État : « *Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato* » - L'État en fonction de la personne et non la personne en fonction de l'État -⁹²⁴. En ce sens, le « respect de la personnalité de l'homme » prime « sur toute autre exigence »⁹²⁵. La traduction juridique de ce principe est contenue tout spécialement dans les articles 2 et 3 de la Constitution, qui engagent la République, respectivement, à reconnaître et à protéger les droits inviolables de l'homme et à garantir l'égalité formelle et substantielle des citoyens.

L'article 11 aussi est pénétré de cette philosophie, en ce qu'il limite la souveraineté étatique en faveur des organisations internationales qui assurent « la paix et la justice entre les Nations ». Pensée pour favoriser l'adhésion de l'Italie à l'ONU, cette disposition indique les conditions indispensables pour que l'ensemble des droits constitutionnels puissent être effectifs : la paix et la justice. Les constituants étaient conscients, au vu des expériences du fascisme et de la guerre, que la Constitution ne pouvait suffire, à elle seule, pour garantir la stabilité politique et sociale nécessaire

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ P. Barile, « Libertà di manifestazione del pensiero », in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 427 ss ; nous nous permettons de renvoyer à N. Perlo, *Le droit public du cinéma en France et en Italie*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 174-177.

⁹²² V. *supra*.

⁹²³ Paolo Barile adhère implicitement au mouvement personnaliste. En ce sens, G. Silvestri, « Paolo Barile costituzionalista », *cit.*, p. 112.

⁹²⁴ G. La Pira, *Relazione alla prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, 1 oct. 1946, cité par A. Randazzo, « Il metaprinzipio della massimizzazione della tutela dei diritti », *dirittifondamentali.it*, n°2/2020, 10 juin 2020, p. 660.

⁹²⁵ M. Ruini, *Relazione illustrativa del Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, cité par A. Randazzo, *cit.*, p. 662.

pour que les hommes exercent leurs droits et libertés. Il fallait qu'elle soit intégrée et enrichie par d'autres sources, supranationales⁹²⁶.

La massima espansione delle garanzie - Vingt-cinq ans après, dans un espace constitutionnel désormais dilaté par la présence de plusieurs textes et d'une pluralité de cours, nationaux et supranationaux, le critère de la « *massima espansione delle garanzie* » devient le méta-principe pouvant guider les juges non seulement dans l'interprétation, mais aussi dans l'articulation des chartes. La philosophie qui inspire les limitations de souveraineté, et donc les rapports entre les systèmes, justifie en effet l'élargissement du critère de la « plus grande expansion des libertés constitutionnelles » aux droits et libertés reconnus dans les chartes européennes et internationales.

B. Les applications jurisprudentielles du principe

Le principe de la « *massima espansione delle garanzie* » a d'abord été utilisé par la Cour constitutionnelle pour régir les rapports avec l'ordre de la Convention EDH (1). Ensuite, il a été employé comme critère dirimant pour organiser l'articulation entre la Constitution et la Charte UE (2).

1. La *massima espansione delle garanzie* et l'ordre conventionnel

Les textes « s'intègrent et se complètent » - C'est en 1999 que, pour la première fois, le juge constitutionnel pose les bases normatives et conceptuelles pour la création d'un système constitutionnel pluriel en matière de protection des droits fondamentaux⁹²⁷. Tout en affirmant, d'abord, que les normes conventionnelles n'ont pas de valeur constitutionnelle et que les droits de l'homme « trouvent leur expression et une garantie non inférieure au sein de la Constitution »⁹²⁸, le juge constitutionnel consacre, par la suite, l'ouverture de l'ordre constitutionnel italien aux intégrations conventionnelles et leur nécessité pour l'ordre interne. Cette ouverture est fondée sur l'article 2 de la Constitution qui reconnaît les droits inviolables de l'homme « ressentis par la conscience contemporaine comme coessentiels à la dignité de la personne ».

À une époque où la Conv. EDH n'avait pas encore de « couverture » constitutionnelle⁹²⁹, implicitement, l'article 2 est identifié comme la norme qui impose le respect des conventions internationales en ce que celles-ci protègent les droits fondamentaux. Cette intégration se réalise *via* l'interprétation des droits affirmés par la Constitution et les Chartes, avec la conviction que ces textes « s'intègrent et se complètent réciproquement ». La Constitution ne se suffit donc pas à elle seule, puisqu'elle a besoin d'être « complétée », tout comme les conventions peuvent s'enrichir dans la confrontation avec la tradition constitutionnelle italienne.

Bien qu'aucune indication ne soit donnée au regard du critère devant guider l'interprétation de ce nouveau système normatif pluriel, l'exigence est exprimée et l'impulsion est donnée pour

⁹²⁶ En ce sens, A. Randazzo, *cit.*, p.662.

⁹²⁷ Antonio Ruggeri considère l'arrêt n°388/1999 comme fondateur en la matière. Parmi d'autres v. : A. Ruggeri, « Pentole o ombrelli costituzionali ? », in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti e C. Mainardis (dir. par), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, p. 11 ss.

⁹²⁸ Cour const., arrêt n°388/1999.

⁹²⁹ V. *supra*, Titre I, ch. 2, A.

l'élaboration d'une nouvelle conception de la protection « multi-niveaux » des droits fondamentaux.

Les arrêts jumeaux de 2009 - Dix ans après, les temps sont prêts pour une petite révolution. Le second couple d'arrêts jumeaux réglant les rapports entre l'ordre italien et l'ordre conventionnel nuance le formalisme dualiste qui caractérisait le premier couple, de 2007, et adopte une approche plus substantielle des sources du droit⁹³⁰.

Le juge constitutionnel pose, dans un premier temps, la prémisse essentielle pour qu'une interprétation juridictionnelle intégrée puisse se faire : la reconnaissance de la valeur matériellement constitutionnelle de la Conv. EDH. En effet, bien que les arrêts de 2009 confirment, en règle générale, la place « infra-constitutionnelle » de la Convention, une affirmation importante change en partie la donne. « Lorsqu'elle complète l'article 117 § 1 de la Constitution, une disposition de la CEDH reçoit de celle-ci le même statut dans la hiérarchie des normes, avec toutes les implications que cela suppose en termes d'interprétation et de mise en balance (...) »⁹³¹. À travers le mécanisme de la norme interposée, la Conv. EDH acquiert un rang constitutionnel ou « para-constitutionnel »⁹³² et cela a des conséquences importantes sur l'œuvre interprétative du juge et sur la pondération des droits en conflit.

À ce propos, la Cour constitutionnelle met en avant deux critères interprétatifs.

La protection la plus intense - Le premier est celui de la protection la plus intense, qui trouve son fondement premier dans l'article 53 de la Convention EDH. Celle-ci prévoit qu'aucune disposition conventionnelle « ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits » reconnus par les États parties ou par d'autres conventions ratifiées par ces États.

Dans l'arrêt n°311/2009, la Cour constitutionnelle tire les conséquences de ce principe en considérant que lorsqu'elle est interpellée pour exercer le contrôle de conventionnalité, elle doit vérifier au préalable si le conflit est déterminé par un décalage entre le niveau de protection des droits de la Constitution et de la Conv. EDH. Si la Constitution assure une protection plus intense, s'applique l'article 53 de la Convention⁹³³ et le droit national prime sur le droit conventionnel moins protecteur. En revanche, si la protection constitutionnelle s'avère être moins intense, le juge doit privilégier l'application de la Conv. EDH, en ce qu'elle accorde un plus haut degré de protection⁹³⁴.

La massima espansione delle garanzie – Ce premier critère est englobé par un second, nouveau, qui marque un changement de perspective. Il n'est plus tout simplement question d'identifier quelle Charte prime sur l'autre, suivant une logique de superposition des textes, mais il est désormais question d'« interpénétration » des chartes. En ce sens, la Cour constitutionnelle précise qu'« il convient de comparer la protection des droits fondamentaux garantie par la Convention et celle découlant de la Constitution dans le but de chercher à maximiser les garanties, y compris par le

⁹³⁰ V. *supra*, Titre I, ch. 2, B.

⁹³¹ Arrêt n°317/2009, §7. L'italique est de l'auteur.

⁹³² Selon l'expression utilisée par Antonio Ruggeri in « Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU », *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 5.

⁹³³ §6.

⁹³⁴ Arrêt n°317/2009, §7.

développement du potentiel inhérent aux normes constitutionnelles qui concernent les mêmes droits »⁹³⁵.

Les normes constitutionnelles peuvent alors développer leur potentiel à la lumière du droit et de la jurisprudence conventionnels. L'intégration du droit conventionnel *via* l'interprétation conforme permet de transformer le droit constitutionnel, enrichir ses principes, faire évoluer ses concepts. La Cour constitutionnelle ouvre ainsi l'ordre national à l'influence conventionnelle lorsqu'elle accorde « un *plus* de protection pour tout le système des droits fondamentaux »⁹³⁶.

En ce sens, le second critère est celui de la « *massima espansione delle garanzie* » - « la plus grande expansion de la garantie des droits ». Ce critère concerne l'extension du contrôle, qui ne doit jamais être limité à un seul droit, mais il doit mettre en balance l'expansion d'une liberté, *via* sa protection, et les effets – potentiellement préjudiciables – que cette expansion pourrait avoir sur d'autres intérêts constitutionnellement protégés. En d'autres termes, la protection doit être « systémique et non fragmentée en une série de normes non coordonnées et en conflit potentiel entre elles »⁹³⁷ ; elle prend en compte le système dans son ensemble et veille à ce que les équilibres entre les droits soient préservés.

Une influence unidirectionnelle - Si l'avancée est certaine en ce qui concerne l'intégration du droit conventionnel en droit interne, en revanche, cette intégration n'est plus conçue comme « réciproque », ce qui était le cas en 1999. En effet, la Cour constitutionnelle affirme que la Cour de Strasbourg est l'interprète officiel de la Convention, le juge constitutionnel ne pouvant pas substituer sa propre interprétation d'une disposition de la Convention à celle de la Cour⁹³⁸.

En outre, la plus grande expansion des droits est conçue exclusivement en fonction de l'ordre interne. Le « système » qui est pris en compte pour apprécier les effets globaux de la pondération des principes nationaux et supranationaux n'est que le système national. La Cour constitutionnelle manifeste un désintérêt total pour le fonctionnement et la cohérence de l'ordre conventionnel qui doit bien demeurer subsidiaire, ainsi que le prouve la prétention du juge constitutionnel – affirmée dans ce même arrêt – à un rôle d'arbitre ultime de la force exécutoire des arrêts de la Cour EDH dans l'ordre juridique italien.

Une influence bidirectionnelle - La Cour constitutionnelle revient sur le caractère unidirectionnel de l'influence entre les systèmes six ans après. Dans l'arrêt n°49 de 2015, elle affirme, au contraire, la nécessité de la collaboration juridictionnelle pour la construction d'une « maison commune des droits »⁹³⁹.

Or, cette affirmation peut paraître paradoxale dans le cadre d'une jurisprudence qui impose des limites importantes à la réception du droit conventionnel en droit interne. Comme nous l'avons déjà évoqué⁹⁴⁰, cet arrêt élabore une distinction arbitraire et maladroite entre la jurisprudence

⁹³⁵ §7.

⁹³⁶ §7.

⁹³⁷ §7.

⁹³⁸ Dans son commentaire des arrêts jumeaux de 2009, Antonio Ruggeri mettait déjà en exergue les risques d'un ordre conventionnel « fermé » : « Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009) », *cit.*, note 15.

⁹³⁹ L'expression est utilisée par l'ancien président de la Cour constitutionnelle Giorgio Lattanzi in *Relazione 2018*, *cit.*, p. 25.

⁹⁴⁰ Partie I, Titre II, Ch. 1, C.

« consolidée » et la jurisprudence « isolée » de la Cour EDH. Seuls les arrêts rentrant dans la première catégorie devraient être appliqués par les juges ordinaires, qui pourraient en revanche s'écarter des autres.

S'il est indéniable qu'au sein même de la Cour les juges défenseurs de l'approche dualiste ont adhéré à cette jurisprudence en raison de son apparence « souverainiste »⁹⁴¹, toutefois, l'esprit de l'arrêt est tout autre, comme l'a expliqué l'ancien président de la Cour constitutionnelle, Giorgio Lattanzi - qui est aussi le rédacteur de la décision - dans son rapport de fin d'année sur la jurisprudence de 2018.

Cet arrêt tente, en effet, de trouver une solution face aux contradictions des jurisprudences conventionnelles, qui empêchent à l'interprète national de donner une application certaine du droit conventionnel et, surtout, présentent le risque qu'une loi nationale soit déclarée inconstitutionnelle, en vertu d'un droit supranational qui évolue par la suite en sens inverse⁹⁴². La Cour constitutionnelle propose alors que la disposition conventionnelle soit le résultat d'une « confrontation herméneutique capable d'impliquer toute la communauté des interprètes », et ce afin de « garantir la sécurité juridique et l'uniformité au sein des États membres d'un niveau minimum de protection des droits de l'homme ».

Pour que cette confrontation puisse se faire, le juge constitutionnel complète la jurisprudence de 2007 en vertu de laquelle la Cour de Strasbourg a « le dernier mot » sur toutes les questions relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention et de ses Protocoles (n°349/2007)⁹⁴³, en affirmant qu'il serait « faux » d'en tirer la conséquence que la Conv. EDH a transformé les juges ordinaires en des « récepteurs passifs d'un commandement exégétique impartii ailleurs »⁹⁴⁴. Les juges nationaux contribuent aussi à l'application et à l'interprétation de la Conv. EDH⁹⁴⁵ tout spécialement dans les situations où planent encore des doutes au regard de l'acquis jurisprudentiel. En ce sens, ils sont des juges européens de droit commun qui interprètent, en même temps, la Constitution et la Convention, dans l'intérêt d'une protection des droits renforcés, non seulement dans l'ordre constitutionnel interne, mais aussi dans l'ordre constitutionnel européen.

Bien que la Cour ne se réfère pas expressément au critère devant inspirer le travail interprétatif des juges, les observations du juge Giorgio Lattanzi ne laissent pas de doute. Dans la perspective de la finalité propre à l'ordre conventionnel, il s'agit de trouver une protection commune *a minima*, sur la base de la « *massima espansione delle garanzie* ». Celle-ci est réalisée à partir de la pondération des droits reconnus par les chartes nationale et supranationale, au vu des exigences systémiques des ordres interne et conventionnel.

Lattanzi exprime cette idée de façon magistrale lorsqu'il affirme, en conclusion de son rapport sur l'année 2018, que « les effets de l'arrêt n°49/2015 n'affaiblissent pas la Convention,

⁹⁴¹ Le juge et professeur Nicolò Zanon, à l'occasion d'une conférence à l'école doctorale de l'Université de Vérole, le 5 mai 2017, a affirmé que par l'arrêt 49/2015 il s'agissait enfin de réagir à des impositions supranationales qui limitaient la souveraineté constitutionnelle italienne.

⁹⁴² Un autre conflit semble s'annoncer autour du principe *ne bis in idem*. La Cour EDH a reconnu en 2016 le caractère non exclusivement processuel du principe, alors que pour la Cour constitutionnelle il s'agit bien d'un principe ayant une nature substantielle. L'arrêt n°43/2018 de la Cour constitutionnelle ouvre alors un dialogue indirect avec la Cour EDH autour de la définition de ce principe. V. Giorgio Lattanzi in *Relazione 2018, cit.*, p. 25.

⁹⁴³ Ce qui est d'ailleurs affirmé à l'art. 32 CEDH.

⁹⁴⁴ §7.

⁹⁴⁵ La Cour constitutionnelle spécifie, toutefois, que lorsque l'arrêt européen concerne spécifiquement une affaire soumise au jugement du magistrat national et lorsqu'est intervenue une « jurisprudence européenne consolidée », les juges nationaux sont tenus d'appliquer le droit conventionnel (§7).

mais au contraire ils la renforcent puisqu'ils appellent tous les opérateurs du droit à collaborer avec la Cour de Strasbourg, à la lumière aussi des principes de l'ordre interne, afin de construire une maison commune des droits de la personne, dont les briques sont fabriquées dans la fournaise des expériences, fécondes et variées, des États constitutionnels adhérents à la Convention ». Les arrêts « isolés » de la Cour EDH ne sont pas des « déchets », que l'opérateur national peut ignorer, mais « le point de départ d'un dialogue participé, par le biais duquel, sans prétentions hégémoniques, on contribue à définir une signification commune, *a minima*, des libertés individuelles »⁹⁴⁶.

La primauté persistante de la Constitution - Si des évolutions dans le sens pluraliste existent au sein de la jurisprudence constitutionnelle, il ne faut pas ignorer la persistance de conceptions dualistes. En effet, le pluralisme des idées au sein de la Cour conduit à des « compromis dilatoires » qui parfois minent la cohérence de l'ensemble.

En ce sens, en 2007, Sabino Cassese, juge à la Cour, se félicitait que les arrêts jumeaux de 2007 aient été adoptés au sein du collège à une majorité très large, et il notait que « la reconnaissance de la supériorité de la Constitution italienne est un *placebo* destiné à faire taire les préoccupations des « *animelle* » - petits esprits – craignant les cessions de souveraineté »⁹⁴⁷.

Or, il s'est avéré qu'en réalité ce « placebo » ait été nécessaire à chaque fois. En effet, toute affirmation de la *Consulta* en faveur d'une intégration accrue du droit conventionnel en droit interne a été systématiquement contrebalancée par une assertion limitant les conséquences potentielles de l'ouverture au droit supranational⁹⁴⁸.

Ainsi, dans l'arrêt « pionnier » n°388/1999, la Cour constitutionnelle, craignant les effets d'une déclaration si novatrice, a rappelé la primauté formelle persistante de la Constitution sur les autres Chartes⁹⁴⁹. Les arrêts jumeaux de 2009 ont fait de même⁹⁵⁰. Encore, dans l'arrêt n°191 de juin 2014, le juge des lois a déclaré que la Constitution et les Chartes des droits « s'intègrent, en se complétant réciproquement dans l'interprétation », mais il a précisé en même temps que « les droits de l'homme, garantis également par des conventions universelles ou régionales souscrites par l'Italie, sont affirmés et bénéficient d'une protection certainement non moins intense dans la Constitution »⁹⁵¹.

Dans l'arrêt n°49/2015, qui souhaite bannir les « prétentions hégémoniques » des systèmes, a même été affirmée « la suprématie axiologique de la Constitution sur la Convention EDH »⁹⁵². Cette idée a été exprimée à nouveau, récemment, dans l'arrêt n°25/2019⁹⁵³. Dans cette décision, l'affirmation de la suprématie « axiologique » de la norme constitutionnelle paraît d'autant plus contradictoire que le juge constitutionnel reconnaît, en l'espèce, que la Convention EDH offre une protection plus intense que la norme constitutionnelle.

⁹⁴⁶ G. Lattanzi, *Relazione 2018*, *cit.*, p. 25-26.

⁹⁴⁷ S. Cassese, *Dentro la Corte*, *op. cit.*, p. 77-78.

⁹⁴⁸ En ce sens, Francesco Viganò dans son commentaire de l'arrêt n°49/2015, in « La Consulta e la tela di Penelope », *cit.*

⁹⁴⁹ Cour const., arrêt n°388/1999.

⁹⁵⁰ Cour const., arrêts n°311 et 317/2009.

⁹⁵¹ Cour const., arrêt n°191 du 23 juin 2014.

⁹⁵² §4.

⁹⁵³ V. A. Ruggeri, « La oscillante “forza normativa” della CEDU », *Rivista Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 206, http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/1_Ruggeri_OIDU_2_2020.pdf.

Ces nombreuses illustrations indiquent que la Cour, pour l'heure, refuse la doctrine radicale - prônée en revanche par Cassese - d'un système de protection des droits de l'homme où seuls les principes comptent, au détriment de la forme et de toute distinction entre les ordres juridiques⁹⁵⁴. En revanche, bien qu'encore avec des hésitations, s'esquisse une tendance qui prône « une intégration européenne toujours plus étroite à travers le droit », sans abdiquer « à la protection des principes suprêmes de l'ordre constitutionnel »⁹⁵⁵. Le pluralisme constitutionnel semble alors fournir un cadre plus adapté aux exigences compromissaires de la Cour constitutionnelle italienne.

Un critère conforme à la CEDH ? - En ce qui concerne le système de la Convention EDH, l'approche du pluralisme constitutionnel paraît compatible avec sa logique, qui est celle de faire des juridictions des États parties les premières garantes des droits conventionnellement protégés, sous le contrôle, après épuisement des voies de recours interne, de la Cour EDH.

Le protocole n° 15 va d'ailleurs en ce sens en ce qu'il prévoit d'ajouter, à la fin du Préambule de la Convention, un considérant qui explicite cette répartition des rôles : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme instituée par la présente Convention ».

Dans l'attente de la ratification de ce protocole, la Déclaration de Copenhague de 2018 a mis en exergue la notion de « responsabilité partagée » pour décrire les liens entre la Cour européenne et les cours nationales. Cette notion vise à atteindre un « équilibre adéquat » entre les niveaux national et européen du système conventionnel et une « protection renforcée des droits » grâce à une meilleure prévention et des recours effectifs disponibles au niveau national. Ainsi que le relève le point 33 de cette déclaration : « Pour qu'un système de responsabilité partagée soit effectif, il faut une bonne interaction entre les niveaux national et européen. Cela implique, *dans le respect de l'indépendance de la Cour et du caractère contraignant de ses arrêts*, un *dialogue constructif* et continu entre les États parties et la Cour sur leurs rôles respectifs dans la mise en oeuvre et le développement du système de la Convention, y compris le développement, par la Cour, des droits et des obligations énoncés dans la Convention ».

L'évolution des rapports entre les cours nationales et la Cour européenne s'oriente ainsi vers le renforcement du principe de subsidiarité et le développement de la doctrine de la marge nationale d'appréciation, ce qui induit bien la mise en valeur de la diversité et des spécificités nationales. Cette tendance s'accompagne d'une progressive institutionnalisation du « dialogue constructif » entre les premières et la seconde, notamment via le Protocole n°16. L'expression « dialogue constructif » renvoie à l'idée de l'influence réciproque que les jurisprudences nationales et européenne peuvent exercer les unes sur les autres, dans le but ultime d'une protection renforcée des droits.

2. La *massima espansione delle garanzie* et l'ordre de l'Union européenne

⁹⁵⁴ S. Cassese, « La giustizia costituzionale : bilancio di un'esperienza ; ovvero il dilemma del porcospino », *cit.*, p. 314.

⁹⁵⁵ G. Lattanzi, *Relazione 2018*, *cit.*, p. 26.

La première élaboration d'une doctrine pluraliste sur l'articulation de la Constitution et de la Charte UE est contenue dans l'ordonnance de saisine de la Cour de justice de l'Union relative à l'affaire *Taricco* (a). Cette affaire déclenche par la suite une réflexion et de nouvelles propositions concernant le critère permettant l'interprétation de la Constitution et de la Charte UE (b).

a. L'article 53 de la Charte UE en tant que norme relai entre les deux systèmes

Comme dans le cadre des élaborations relatives au système conventionnel, la théorie de l'interprétation proposée par la Cour par rapport à l'ordre UE impose, d'une part, de quitter le seul espace particulier, national, pour embrasser en même temps l'espace commun, européen, et, d'autre part, de se fonder sur le critère de la protection la plus intense.

Raisonnement au-delà de l'ordre d'appartenance - Ainsi, pour résoudre l'épineuse affaire *Taricco*⁹⁵⁶, la *Consulta* montre que la règle énoncée par la Cour de justice ne porte pas seulement atteinte à l'identité italienne, et donc à la souveraineté nationale, mais aussi à des principes partagés au sein des États membres et de l'ordre européen dans son ensemble⁹⁵⁷. Ainsi, la question préjudicielle ne concerne pas exclusivement la compatibilité de l'art. 325 TFUE avec le principe constitutionnel italien de légalité en matière pénale, mais aussi sa conformité avec les principes analogues, contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union et dans les traditions constitutionnelles communes des États membres⁹⁵⁸.

En ce sens, la *Consulta* fait remarquer à la Cour de justice que, dans l'arrêt *Taricco*⁹⁵⁹, elle n'a pas suffisamment exploré le contenu et la portée de l'article 49 de la Charte de Nice. Le juge européen s'est en effet limité à exclure l'incompatibilité du principe de non rétroactivité de la norme pénale *in peius* avec l'inapplication de la réglementation italienne sur l'interruption de la prescription, alors qu'il aurait dû également prendre en compte un autre corollaire du principe de légalité : le principe de précision rédactionnelle de la loi pénale.

Or, ce principe constitue une « exigence commune aux traditions constitutionnelles des États membres, présente aussi dans le système de protection de la CEDH et, en tant que telle, elle incarne un principe général de droit de l'Union (voir l'arrêt 12 décembre 1996, aff. C-74/95 e C-129/95) »⁹⁶⁰. En effet, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, aucun des États membres ne confie « au juge le pouvoir de créer un régime pénal, en lieu et place de la loi approuvée par le Parlement » et, dans tous les cas, les États membres « répudient l'idée que les tribunaux pénaux soient chargés d'atteindre un but, bien que légalement prédéfini, sans que la loi n'en spécifie les moyens et les limites »⁹⁶¹. Pour la Cour, le large consensus au sein des États membres prouve que l'art. 49 de la Charte UE impose une égale exigence de précision, en vertu de l'art. 52, par. 4 de la

⁹⁵⁶ V. *supra* : Partie II, Titre II, ch. 1, A, 1.

⁹⁵⁷ En ce sens, M. Bassini, O. Pollicino, « The Taricco Decision : A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution », *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>

⁹⁵⁸ Cour const., ord. n°24/2017, pt. 3, p. 4.

⁹⁵⁹ CJUE, *Taricco*, *cit.*

⁹⁶⁰ Cour const., ord. n°24/2017, pt. 9, pp. 10-11.

⁹⁶¹ *Id.*, pt. 9, p. 11. L'exemple du droit pénal français est très parlant. Le principe de précision s'applique en effet aux règles de procédure, alors que le principe de non-rétroactivité de la norme pénale *in peius* ne s'y applique pas, étant donné que ses règles sont caractérisées par le principe de l'immédiateté. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *cit.*, pp. 1081-1089.

Charte⁹⁶². En outre, il est indiscutable que les jurisprudences consolidées de la Cour EDH⁹⁶³ et de la Cour de justice⁹⁶⁴ reconnaissent le principe de la sécurité juridique comme une garantie essentielle de l'État de droit.

Or, la Cour constitutionnelle italienne est convaincue de la violation par l'arrêt *Taricco* de ce principe⁹⁶⁵. C'est en ce sens qu'elle demande à la Cour de justice de revenir sur l'interprétation de l'article 49 de la Charte, non seulement parce que, si l'incompatibilité entre les deux droits n'était pas résolue, elle serait obligée d'opposer les contre-limites, mais, plus largement, parce que cette violation de l'ordre interne porterait atteinte aux garanties des citoyens dans l'espace pénal européen. En tant que juge européen de droit commun, le juge constitutionnel se préoccupe des deux niveaux de violation et fonde sa position en droit, en mobilisant toutes les sources juridiques dont il dispose, nationales et supranationales.

Art. 53 de la Charte v. primauté - L'ordonnance de saisine permet en outre au juge constitutionnel de proposer un nouveau critère pour l'articulation des chartes. Puisque le principe de primauté paraît totalement inadapté à la construction de principes communs et partagés, la Cour constitutionnelle propose de résoudre l'affaire *Taricco* à la lumière de l'article 53 de la Charte, qui en affirmant qu'« aucune disposition de la (...) Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres (...), ainsi que par les constitutions des États membres » pose le principe de la protection la plus favorable en créant « des espaces de reconnaissance pour les normes fondamentales des systèmes concurrents »⁹⁶⁶.

En faisant référence explicite à l'affaire *Melloni*⁹⁶⁷, qui avait si rudement marqué le triomphe de la primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel espagnol - en dépit du statut plus protecteur de ce dernier -, la Cour constitutionnelle italienne s'efforce de dissuader la CJUE de toute tentation analogue en l'espèce.

Pour elle, le principe de primauté n'est pas en cause ici. Dans l'affaire *Melloni*, la CJUE a exclu la possibilité pour les États d'ajouter d'autres conditions à l'exécution du mandat d'arrêt européen. La *Consulta*, en montrant la nécessité d'adhérer à l'esprit de cet arrêt, explique que dans le cadre particulier du MAE une solution différente aurait, en effet, conduit à la rupture de l'unité du droit de l'Union, dans une matière fondée sur la confiance réciproque et caractérisée par un

⁹⁶² *Id.*, pt. 9, p. 11.

⁹⁶³ V. : CEDH, arrêt *Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979, req. n°6538/74 ; arrêt *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, req. n°17862/91.

⁹⁶⁴ Parmi les décisions les plus récentes : CJUE, arrêt 18 nov. 2008, *Förster*, C-158/07 ; arrêt 10 sept. 2009, *Plantanol*, C-201/08.

⁹⁶⁵ La Cour indique la violation du principe de précision sous deux dimensions, celle de la prévisibilité et celle de la clarté de la règle *Taricco*. Quant au premier aspect, la Cour « est convaincue que l'accusé ne pouvait raisonnablement pas prévoir, avant l'arrêt *Taricco*, que l'art. 325 TFUE prescrivait au juge de ne pas appliquer les artt. 160 et 161 du Code pénal italien ». Concernant la clarté de la règle, le juge constitutionnel considère que le critère du « nombre considérable des cas de fraude » est excessivement vague et laisse un pouvoir discrétionnaire inacceptable au juge pénal. Pt. 5, p. 6.

⁹⁶⁶ L. Azoulay, « Article II-113 – Niveau de protection », in L. Bugorgue Larsen, A. Levade, F. Picod, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, Bruylant, 2005, p. 711.

⁹⁶⁷ CJUE, GC, 26 février 2013, *cit.*

système juridique uniforme⁹⁶⁸. En revanche, l'impossibilité d'appliquer la « règle Taricco » en droit interne ne dépend pas de l'opposition d'une norme nationale aux règles de l'Union, mais « de la circonstance, extérieure à l'ordonnement européen, que la prescription en Italie appartient au droit pénal substantiel et elle est donc soumise au principe de légalité en matière pénale »⁹⁶⁹. Ce facteur extérieur n'est pas contraire au droit de l'Union⁹⁷⁰. De plus, dès lors que la qualification substantielle de la prescription assure en l'espèce un niveau de protection plus élevé que celui fourni par le droit européen⁹⁷¹, cette qualification est réputée directement protégée par le droit de l'Union, en vertu de l'article 53 de la Charte⁹⁷². En conclusion, étant donné que la norme européenne n'est pas directement en conflit avec la norme interne, l'application du principe de la norme la plus favorable ne sacrifie pas le principe de primauté du droit de l'Union.

b. La jonction entre la *massima espansione delle garanzie* et l'article 53 de la Charte UE

L'adaptation de la « massima espansione delle garanzie » à l'ordre UE - Au cours du mois de juillet 2017, la revue de l'Association des constitutionnalistes italiens publie un article rédigé par Marta Cartabia, dans lequel la juge poursuit, en doctrine, la réflexion commencée en jurisprudence sur le critère interprétatif permettant de résoudre les divergences entre le droit constitutionnel national et le droit de l'Union. Elle confirme le choix opéré en faveur de l'article 53 de la Charte dans l'affaire *Taricco*, en ce que cette disposition « semble résoudre de façon simple et univoque tout conflit possible, en garantissant que le système qui offre le niveau plus élevé de protection prévaut sur les autres »⁹⁷³.

Toutefois, en poussant la réflexion plus loin, elle note que ce critère implique d'apprécier les standards de protection en terme de « quantité », ce qui est « intrinsèquement inadéquat pour résoudre les conflits entre les droits, en raison de la structure relationnelle qui les caractérise »⁹⁷⁴.

Elle propose alors d'appliquer aux rapports entre la Charte nationale et la Charte de l'Union le critère – déjà appliqué dans les rapports avec la Convention EDH – de la « *massima espansione delle garanzie* ». Pour le définir, elle note que celui-ci se différencie du critère de la protection la plus intense en ce que le standard plus élevé est établi en prenant en compte non un droit ou un intérêt ou un principe constitutionnels isolément, mais « l'ensemble des garanties, dérivant d'une lecture systémique et non fragmentée de tous les droits constitutionnels impliqués ». Le critère de la plus grande expansion des garanties guide la pondération entre tous les principes en jeu, « en imposant à chacun d'entre eux un sacrifice dans une mesure strictement nécessaire afin d'assurer, d'une part,

⁹⁶⁸ Cour const. it., ord. n°24/2017, *cit.*, pt. 8, p. 10

⁹⁶⁹ *Id.*, pt. 8, p. 10.

⁹⁷⁰ La qualification de la nature de la prescription relève en effet de la compétence des États membres, étant donné qu'il n'existe aucune exigence d'uniformité sur ce point dans l'espace juridique européen. *Id.*, pt. 4, p. 4.

⁹⁷¹ Respectivement, les art. 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et l'art. 7 CEDH.

⁹⁷² Cour const. it., ord. n°24/2017, *cit.*, pt. 8, p. 9 et p. 10.

⁹⁷³ M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 14.

⁹⁷⁴ *Ibid.* S'expriment en ce sens aussi : E. Dubout, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: utilitarisme constitutive versus pluralism constitutionnel – Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *CDE*, 2013, vol. 49, n°2, p. 297 ; N. Cariat, « Niveau de protection », in F. Picod, C. Rizcallan, S. Van Drooghenbroeck (dir. par), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2020, p. 1331 ; L.F.M. Besselink, « Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union », *Common Market Law Review*, n°35, 1998, 3, pp. 629-680.

la garantie contextuelle et maximale de tous (les principes), et d'autre part, afin d'éviter que l'affirmation tyrannique de l'une des valeurs ne détermine l'anéantissement des autres »⁹⁷⁵.

Puisque, dans les faits, il s'agit bien du même critère affirmé par l'arrêt de 2009 relatif au droit de la Convention EDH, il est curieux que Marta Cartabia ne cite pas cette jurisprudence, mais elle se réfère à une autre, l'arrêt n°85/2013, relative à une affaire toute nationale⁹⁷⁶.

L'arrêt n°85/2013 - Rédigé par le juge et professeur Gaetano Silvestri - tout comme l'arrêt n°317 de 2009 -, l'arrêt n°85 de 2013 ajoute deux éléments par rapport à la jurisprudence de 2009 : d'une part, le principe d'égalité de tous les droits qui « se trouvent dans un rapport d'intégration réciproque » et, d'autre part, le principe d'une pondération dynamique entre les droits.

En ce qui concerne le premier aspect, la Cour affirme qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les valeurs. Le principe d'égalité entre tous les droits constitutionnels empêche qu'« un droit ne devienne tyran par rapport aux autres » puisque les situations juridiques constitutionnellement reconnues et protégées « constituent, dans leur ensemble, l'expression de la dignité de la personne »⁹⁷⁷.

Le pluralisme qui caractérise les valeurs affirmées par la Constitution italienne nécessite, pour être préservé, que le point d'équilibre entre les différents droits soit « dynamique ». Il doit être recherché continuellement et apprécié sur la base de la proportionnalité et de la *ragionevolezza*⁹⁷⁸, au gré des affaires.

Appliqué plus largement aux rapports entre les systèmes, le critère évoqué conduirait à interpréter en même temps les droits des différentes chartes, en évitant qu'une Charte ne devienne tyrannique par rapport à une autre, et en prenant en compte les effets systémiques et inter-système des opérations de pondération⁹⁷⁹.

L'arrêt n°269/2017 - Les résultats de cette réflexion se retrouvent dans l'*obiter dictum* de l'arrêt n°269/2017, là où, en renversant la jurisprudence *Granital*⁹⁸⁰, la Cour établit que, lorsqu'il s'agit de la violation de droits fondamentaux « la Cour jugera à la lumière des paramètres internes et éventuellement des paramètres européens » en tant que normes interposées (en vertu des art. 11 et 117 de la Constitution), « afin d'assurer que les droits garantis par la Charte des droits de l'UE

⁹⁷⁵ M. Cartabia, « Convergenze e divergenze », *cit.*, p. 15.

⁹⁷⁶ Arrêt n°85/2013. Il s'agit d'une affaire relative à l'entreprise ILVA et à la fermeture de l'établissement industriel situé à Taranto, en raison de son activité polluante. L'affaire mettait en confrontation le droit à la santé et le droit au travail. V. M. Boni, « Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e ragionevole compressione dei diritti », *Federalismi.it*, 5 fév. 2014, [https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=24088&dpath=document&dfile=04022014121102.pdf&content=La+politiche+pubbliche+dell%25E2%2580%2599emergenza+tra+bilanciamento+e+%25C2%25ABragionevole%25C2%25BB+compressione+dei+diritti:+brevi+riflessioni+a+margine+della+sentenza+della+Corte+costituzionale+sul+caso+Ilva+\(n.+85/2013\)+-+stato+-+dottrina+-+](https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=24088&dpath=document&dfile=04022014121102.pdf&content=La+politiche+pubbliche+dell%25E2%2580%2599emergenza+tra+bilanciamento+e+%25C2%25ABragionevole%25C2%25BB+compressione+dei+diritti:+brevi+riflessioni+a+margine+della+sentenza+della+Corte+costituzionale+sul+caso+Ilva+(n.+85/2013)+-+stato+-+dottrina+-+)

⁹⁷⁷ §9.

⁹⁷⁸ Par une interprétation évolutive du principe d'égalité - affirmé à l'article 3 de la Constitution - le juge constitutionnel a fait découler un devoir de « *ragionevolezza* » à la charge du législateur. Ce dernier doit éviter une contradiction « irraisonnable » entre les finalités de la loi et le contenu de la disposition. Le choix lexical n'est pas neutre : si le mot « irrationnel » renvoie à la cohérence logique, à l'idée de non contradiction formelle entre des éléments qui ont la même valeur, le mot « raisonnable » indique plutôt la cohérence matérielle entre des valeurs supérieures. En ce sens, le défaut de la loi qui est pris en compte par le juge consiste dans l'absence d'équilibre entre des exigences matérielles inscrites dans la Constitution. G. Zagrebelsky et V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, *op. cit.*, p. 202-203.

⁹⁷⁹ V. aussi la référence à cet arrêt in M. Cartabia et L. Violante, *Giustizia e mito*, *op. cit.*, p. 56-57.

⁹⁸⁰ V. supra, Partie II, Titre, I, Ch. 1, A.

soient interprétés en harmonie avec les traditions constitutionnelles (...). Le tout, dans un cadre de coopération constructive et loyale entre les différents systèmes de garantie, un cadre dans lequel les cours constitutionnelles sont appelées à valoriser le dialogue avec la Cour de justice de l'Union (ord. n°24/2017), afin que *la protection maximale des droits soit assurée au niveau systémique (art. 53 Charte UE)*»⁹⁸¹.

Rédigé par Marta Cartabia, on retrouve dans cette jurisprudence les thèmes forts de sa réflexion sur l'articulation des rapports entre les systèmes. Tout d'abord, le contenu de la Charte UE est défini comme « typiquement constitutionnel »⁹⁸², ce qui implique la nécessité de protéger les droits sur la base de plusieurs sources nationale et européennes. Ensuite, le critère pour résoudre les antinomies normatives est identifié dans l'art. 53 de la Charte UE intégré par la doctrine constitutionnelle de la « *massima espansione delle garanzie* ».

Le critère permettant d'articuler les Chartes matériellement et formellement constitutionnelles est alors issu des deux systèmes à la fois : le droit positif de l'Union et la doctrine jurisprudentielle de la Cour. Tout un symbole pour exprimer cette volonté d'intégration réciproque qui guide la théorie du pluralisme constitutionnel.

Deux ordres distincts, deux critères séparés - La raison pour laquelle la juge Cartabia, dans son article, n'a pas voulu se référer à la jurisprudence de 2009 relative aux rapports avec la Convention EDH est alors peut-être à rechercher dans la volonté de continuer à distinguer les systèmes juridiques de protection des droits, en raison de leur différent degré d'intégration en droit interne et de leurs différentes finalités. En effet, si la Constitution nationale est le fondement de l'ordre juridique étatique, en revanche, la Conv. EDH entend assurer un standard minimum, commun aux États membres, tout en étant subsidiaire par rapport aux garanties nationales. Quant à la Charte de l'Union, elle s'applique dans des secteurs délimités, mais, dans ces domaines, elle impose un standard commun et uniforme de protection à tous les États membres.

En ce sens, le critère de la « *massima espansione delle garanzie* » appliqué au système conventionnel comporte la détermination d'une protection *a minima* des libertés, commune à tous les pays adhérents à la Convention EDH, comme l'affirme l'arrêt n°49 de 2015. L'intégration réciproque entre les systèmes est reconnue et souhaitée, mais le caractère subsidiaire de la Convention (art. 53 Conv. EDH) fait revoir les ambitions à la baisse quant à la définition de standards de protection communs, d'autant plus que la logique de la marge nationale d'appréciation permet aux juges nationaux de s'écarter du droit conventionnel, dans certains cas de divergence normative⁹⁸³.

En revanche, l'intégration accrue du droit de l'Union en droit interne, qu'induit l'imposition d'un standard uniforme et contraignant par la Charte UE *via* la jurisprudence de la Cour de justice, explique l'urgence manifestée par la Cour constitutionnelle de participer à la définition des principes européens en matière de droits fondamentaux.

La séparation des ordres UE et CEDH en crise ? - La séparation entre les chartes européennes persistent alors, bien que les contradictions d'une telle distinction n'aient pas manqué de se

⁹⁸¹ §5.2. L'italique est de l'auteur.

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ La marge d'appréciation des États n'est pas illimitée, v. les conditions posées par la Cour EDH in F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 222 ss.

manifester, peu de temps après, précisément lors de l'application de la nouvelle jurisprudence relative à la « double préjudicialité ».

En mai 2019, la Cour constitutionnelle a saisi la CJUE d'un renvoi préjudiciel en interprétation et en validité. Notamment, la Cour constitutionnelle demande, en premier lieu, si la norme européenne⁹⁸⁴ doit être interprétée dans le sens de permettre aux États membres de respecter « le droit au silence ». En cas de réponse négative, elle demande à la Cour de Luxembourg de réfléchir à la compatibilité de ces dispositions avec la Charte UE (art. 47 et 48) « à la lumière aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (...) et des traditions constitutionnelles communes aux États membres »⁹⁸⁵.

Or, l'ordonnance de saisine définit le « droit au silence » à partir de la Constitution, de la Conv. EDH, de la Charte UE et du Pacte international sur les droits civils et politiques. Ces textes sont évoqués comme s'ils étaient tous sur un pied d'égalité, en ce que leur substance axiologique, leur contenu, prime sur leur forme. La Cour constitutionnelle pourra alors « apprécier si la disposition censurée porte atteinte aux garanties reconnues, *en même temps*, par la Constitution et par la Charte »⁹⁸⁶.

Dans ce renvoi, le juge constitutionnel se conçoit comme le garant des droits dans un espace juridique dilaté, où les frontières des ordres juridiques s'effacent en vue d'assurer la protection la plus complète des droits. Rédigée par le juge et professeur Francesco Viganò, cette ordonnance est le reflet de son adhésion aux thèses du constitutionnalisme global. Dans ses écrits doctrinaux, le juge a en effet invoqué l'exigence d'abandonner, en matière de droits fondamentaux, le dualisme en faveur « d'une perspective de protection intégrée des droits fondamentaux à la lumière de la Constitution, de la Charte et du droit international des droits de l'homme »⁹⁸⁷. Cette perspective implique, d'une part, qu'il n'y ait plus de différence formelle entre les sources juridiques, nationales et supranationales, et, d'autre part, que « *tout* juge national – y compris la Cour constitutionnelle ! – est, en tant que garant des droits inviolables de l'homme, *en même temps* juge de la Constitution, de la Convention et de la Charte, ainsi que des instruments internationaux (...) concourant à la reconnaissance et à la garantie de ces droits »⁹⁸⁸.

C'est ainsi que pour la première fois, la doctrine du constitutionnalisme global trouve sa place au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Elle manifeste quelque part les contradictions d'un système qui garde séparés les rapports avec le droit de l'Union et le droit conventionnel, alors qu'en matière de droits fondamentaux les deux systèmes convergent de plus en plus.

De toute évidence, le cadre théorique est loin d'être stabilisé, bien que l'approche dualiste, en ce qui concerne le droit de l'Union, paraît définitivement abandonnée.

Reste maintenant à voir comment la proposition italienne du critère de la *massima espansione delle garanzie*, fondé en partie sur l'article 53 de la Charte UE, peut être reçue au sein de l'ordre de l'Union.

⁹⁸⁴ Il s'agit de l'art. 187-*quinquiesdecies* du décret législatif n°58/1998 qui transpose la directive 2003/6/CE et qui applique maintenant le règlement (UE) n°596/2014, ce dernier ayant abrogé la directive.

⁹⁸⁵ Cour const. it., ord. n°117/2019, pt. 10.2.

⁹⁸⁶ *Id.*, pt. 2.

⁹⁸⁷ F. Viganò, « La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali », *cit.*, p. 489.

⁹⁸⁸ *Id.*, p. 494. Le choix de l'italique est de Francesco Viganò.

C. La compatibilité du critère de la *massima espansione delle garanzie* avec le droit de l'Union européenne

L'incompatibilité avec la théorie du constitutionnalisme global - Les principes de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, et celui, strictement lié à celui-ci, de la primauté⁹⁸⁹, paraissent, pour l'heure, nettement incompatibles avec l'approche de la protection globale des droits fondamentaux. La nécessité « existentielle » de garantir le caractère unitaire et l'application uniforme du droit de l'Union dans tous les États membres s'oppose nettement à la création d'un « système des systèmes » de protection des droits, avec pour conséquence l'abandon de toute distinction formelle entre les sources juridiques nationales et supranationales.

Bien au contraire, les rôles et la place des différentes chartes des droits sont rigoureusement définis dans l'ordre de l'Union. En effet, si le Traité de Lisbonne a créé un système de protection des droits de l'Union qui « communique »⁹⁹⁰ avec celui des États membres et de la Convention EDH, les traditions constitutionnelles, les constitutions des États membres ainsi que le droit international sont considérées comme des sources « externes » à l'ordre juridique de l'Union.

En ce sens, les « traditions constitutionnelles communes », évoquées à l'article 52, par. 4 de la Charte⁹⁹¹ et à l'article 6, par. 3 TUE, constituent un concept autonome de l'ordre de l'Union. C'est donc la Cour de justice de l'Union, et non les cours constitutionnelles, qui est compétente pour déterminer le caractère « commun » d'une tradition, l'élever à « principe général de l'Union » et l'appliquer ensuite à la lumière des autres normes et intérêts de l'ordre de l'Union. De même, les constitutions des États membres sont citées à l'article 53 de la Charte, qui traduit la volonté « d'une coexistence harmonieuse des dispositions constitutionnelles et conventionnelles garantissant les droits fondamentaux »⁹⁹². Toutefois, les chartes nationales – tout comme internationales – opèrent « dans leur champ d'application respectif ». Ainsi, à la différence des traditions constitutionnelles qui sont « internalisées » par la Cour de justice, les constitutions nationales restent des sources externes.

Le rapport entre la Charte et la Conv. EDH suit le même schéma : en l'absence d'adhésion, la Conv. EDH est une source des principes généraux de l'ordre juridique de l'Union au sens de l'article 6, par. 3 TUE⁹⁹³, en tant que source externe d'inspiration pour la Cour de justice⁹⁹⁴.

En définitive, comme l'a clairement exprimé la Cour de justice l'Union dans son avis relatif à l'adhésion de l'Union à la Conv. EDH : « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport

⁹⁸⁹ CJCE 5 févr. 1963, *van Gend & Loos*, cit. et avis 8 mars 2011, aff. 1/09, pt 65 ; CJCE 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/ ENEL*, pts 1144 et 1145, ainsi que 17 déc. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, pt 3.

⁹⁹⁰ L. S. Rossi, « Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *RTDE*, 2019, p. 67.

⁹⁹¹ À noter que Antoine Bailleux dans son commentaire de l'art. 52 de la Charte souligne que le paragraphe 4 de cet article « participe d'une ambition inductive et syncrétique, consistant à faire naître de l'unité à partir de la diversité des traditions nationales », in *Id.*, « Art. 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », in F. Picod, C. Rizcallan, S. Van Drooghenbroeck (dir. par), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2020, p. 1316.

⁹⁹² L. Azoulai, « Article II-113 – Niveau de protection », cit., p. 692-693 ; G. Rosoux, « Variations autour de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux et de la jurisprudence Melloni », in J. Wildeneersch et P. Paschalidis (dir. par), *L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, 2018, p. 625.

⁹⁹³ CJUE, arrêt *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, pt 44, *AJDA* 2013. 1154, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *AJ pénal* 2013. 270, note C. Copain ; *RFDA* 2013. 1231, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RTD civ.* 2014. 312, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2013. 267, note D. Ritleng ; *ibid.* 2015. 184, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Vozza

⁹⁹⁴ Sur ce point v. les concl. de l'avv. gén. Kokott du 19 mars 2015, dans l'aff. C-398/13 P, *Inuit*, *RTD eur.* 2017. 362, obs. F. Benoît-Rohmer.

aux droits des États membres, ainsi que par rapport au droit international, impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union »⁹⁹⁵.

Les difficultés vis-à-vis de la théorie du pluralisme constitutionnel - Or, une telle approche semble entraver également la voie au pluralisme constitutionnel. Par rapport à la théorie pluraliste, le maintien d'une distinction entre les sources juridiques n'est pas en soi gênant, mais il l'est, en revanche, la conception de l'ordre de l'Union comme une monade qui phagocyte les sources externes, en les transformant en normes et principes internes et en les appliquant, rigoureusement, à l'aune des critères et des intérêts de l'Union.

L'idée de la construction collective d'un droit européen de la protection des droits fondamentaux, conçu comme pluriel puisque respectueux de la diversité des traditions constitutionnelles, ne peut pas se réaliser si la nécessité de garantir le caractère unitaire et l'application uniforme du droit de l'Union dans tous les États membres interdit toute prise en compte des intérêts et des objectifs nationaux en la matière⁹⁹⁶.

Le principe de primauté, d'ailleurs, structure les rapports entre les systèmes en les hiérarchisant, ce qui empêche toute possibilité d'échange et d'harmonisation entre les droits.

Les solutions UE pour « intégrer l'environnement sans sortir de soi » - Toutefois, dans le temps, en matière de droits fondamentaux, la Cour de justice de l'Union a progressivement pris ses distances d'une vision intégriste de la primauté, qui aurait risqué de délégitimer et d'appauvrir l'ordre juridique de l'Union⁹⁹⁷. Pour ce faire, elle a élaboré différentes stratégies lui permettant finalement d'« intégrer l'environnement sans sortir de soi »⁹⁹⁸. Tout d'abord, dans certains cas, elle a montré « une indifférence formelle » à l'égard des références extérieures à l'ordre juridique de l'Union, alors qu'elle a procédé à une « intégration matérielle de droits concurrents »⁹⁹⁹. C'est ainsi que dans l'arrêt *Hauer* de 1979¹⁰⁰⁰, la Cour a affirmé qu'« elle est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de telle manière que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces États ».

Cette ouverture de principe aux traditions constitutionnelles s'est traduite concrètement par la reconnaissance, dans certains cas, de la primauté de la protection des droits fondamentaux au détriment de celle des règles du droit de l'Union. La technique argumentative choisie est fondée sur l'idée de l'exception (les droits fondamentaux) qui dérogent à la règle (la primauté)¹⁰⁰¹ et est

⁹⁹⁵ CJUE, avis 2/13, pt. 170.

⁹⁹⁶ V. CJCE, arrêt *Handelsgesellschaft*, *cit.*

⁹⁹⁷ V. J. Weiler, « Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection », in A. Cassese, A. Clapham, J. H. H. Weiler (dir.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, Nomos, 1991, vol. III, p. 555 ss.

⁹⁹⁸ L. Azoulai, « Article II-113 – Niveau de protection », *cit.*, p. 714.

⁹⁹⁹ L. Azoulai, « Article II-113 – Niveau de protection », *cit.*, p. 700.

¹⁰⁰⁰ CJCE, 13 déc. 1979, *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, 44/79.

¹⁰⁰¹ L. S. Rossi, « Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *cit.*

inspirée de la théorie des exigences impératives, développée par la Cour de justice à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon*¹⁰⁰².

Ainsi, depuis les affaires *Omega* et *Schmidberger*¹⁰⁰³, la Cour de justice semble abandonner « l'habitus mental du juge administratif, qui faisait systématiquement prévaloir l'intérêt général (...) sur les droits des particuliers, pour endosser celui d'un juge constitutionnel, capable de mettre en balance les normes de l'ordre juridique communautaire avec les principes et les droits fondamentaux »¹⁰⁰⁴.

Les résistances à l'application de l'art. 53 Charte UE - Le fondement normatif de la dérogation exceptionnelle au principe de primauté n'est pas l'article 53 de la Charte, comme suggéré par la Cour constitutionnelle italienne. Afin de préserver conceptuellement l'autonomie de l'ordre de l'Union, la Cour de justice évite d'admettre explicitement que la Constitution d'un État membre est plus protectrice que le droit de l'Union. Le juge européen préfère développer l'intégralité de son raisonnement à l'intérieur même du droit de l'Union, en fondant ainsi, formellement, sa décision exclusivement sur des sources internes. En ce sens, la Charte, depuis qu'elle est une source de droit primaire, joue un rôle très important dans cette stratégie : se fonder sur ce texte « constitutionnel » pour déroger au principe de primauté permet de renforcer l'autonomie de l'ordre de l'Union¹⁰⁰⁵.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Aranyosi-Caldararu*, à propos de deux mandats d'arrêt européens, la Cour de justice admet la possibilité de déroger à la procédure du MAE afin de concilier l'exigence de la protection des droits fondamentaux, et en particulier le principe de dignité, avec l'exigence du respect de la décision-cadre. Notamment, la Cour prévoit que lorsque l'État à qui est adressé la demande d'extradition constate des défaillances dans le système de détention de l'État demandeur, il peut ne pas donner suite à la demande jusqu'à ce qu'il n'y ait plus le risque de traitements inhumains et dégradants, « l'une des valeurs fondamentales de l'Union et de ses États membres », au sens de l'article 4 de la Charte UE¹⁰⁰⁶.

L'arrêt MAS – De même, l'arrêt *M.A.S.*, qui constitue la réponse de la Cour de justice à la question préjudicielle de la Cour constitutionnelle italienne dans le cadre de l'affaire *Taricco*, constitue un exemple éclairant de cette technique.

La Cour de justice se montre à l'écoute des difficultés rencontrées par les juges italiens dans l'application de l'arrêt *Taricco I* et accueille « substantiellement » la solution proposée par la Cour constitutionnelle¹⁰⁰⁷. En effet, bien qu'elle ait réaffirmé « la règle » contenue dans la décision de

¹⁰⁰² CJCE 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78. Sur la jurisprudence concernant les exigences impératives v. G. Tesauo, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2012.

¹⁰⁰³ CJCE 14 oct. 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *AJDA* 2005. 152, note A. Von Walter ; *D.* 2004. 2833 ; *RTD eur.* 2005. 867, chron. C. Prieto et 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00.

¹⁰⁰⁴ L. S. Rossi, « Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes « constitutionnels » de l'Union européenne », *cit.* V. aussi L. S. Rossi, « La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE », *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 565-576 ; M. Cartabia, « L'impatto costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione europea », in *Liber Amicorum Antonio Tizzano De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, p. 179 s. Les deux auteurs analysent en tant qu'arrêt particulièrement significatif du processus de constitutionnalisation de la Cour de justice *Dynamic Medien cit.*

¹⁰⁰⁵ L. S. Rossi, « La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE », *cit.*

¹⁰⁰⁶ CJUE, arrêt du 5 avril 2016. Les critères de la défaillance sont toutefois strictes et les risques doivent être précis et concrets.

¹⁰⁰⁷ François-Xavier Millet considère au contraire que la Cour de justice est allée dans le sens de la Cour constitutionnelle italienne au seul motif que la matière de la prescription en matière pénale n'est pas harmonisé en droit

2015, elle neutralise le conflit par la reconnaissance d'une exception : les juges nationaux, dès lors qu'ils doivent appliquer cet arrêt « sont tenus de veiller à ce que les droits fondamentaux des personnes accusées d'avoir commis une infraction pénale soient respectés »¹⁰⁰⁸. Ainsi, si les juges nationaux constatent que la mise en œuvre de la « règle *Taricco* » conduirait à méconnaître le principe de précision de la loi pénale, ils ne seront pas obligés de l'appliquer, bien que la norme, selon le juge européen, soit dotée de l'effet direct¹⁰⁰⁹.

L'autorité du principe de primauté est alors relativisée afin de garantir la protection des droits fondamentaux dans les ordres interne et européen¹⁰¹⁰. Cette dérogation est justifiée à la lumière de « l'importance, tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux, que revêt le principe de légalité des délits et des peines ».

Le juge de l'Union montre ainsi la volonté d'adhérer – tout du moins en l'espèce – à la proposition de la Cour italienne d'une collaboration juridictionnelle active dans la construction d'une protection intégrée des droits¹⁰¹¹. En ce sens, il souligne la convergence des sources dans la détermination du principe de légalité en matière pénale. Un principe qui « s'impose aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », puisqu'il est inscrit au frontispice de la Charte UE, fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres et est consacré par différents traités internationaux – notamment à l'article 7 de la Conv. EDH –. Par conséquent, c'est en vertu du droit de l'Union lui-même, enrichi et intégré par les traditions constitutionnelles communes¹⁰¹², que, finalement, « l'obligation de garantir un prélèvement efficace des ressources de l'Union ne saurait aller à l'encontre dudit principe »¹⁰¹³.

La Cour de justice de l'Union prend ainsi en compte la diversité constitutionnelle des États et la concilie avec l'exigence d'unité de l'ordre européen¹⁰¹⁴, tout en reconnaissant, implicitement, le rôle central des juges constitutionnels dans le processus de construction constitutionnelle de l'Union¹⁰¹⁵.

de l'Union. Par conséquent, en confirmant l'arrêt *Åkerberg Fransson* (cité à plusieurs reprises dans l'arrêt *MAS*), la Cour de Luxembourg se serait limitée à réfléchir en fonction des compétences et non en fonction du renforcement de la protection des droits dans l'Union, à partir des traditions constitutionnelles communes. V. F.-X. Millet, « Why Article 53 of the Charter Should Ground the Application of National Fundamental Rights in Fully Harmonised Areas », in Bobek and Prassl (dir. par), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart publ., à paraître.

¹⁰⁰⁸ CJUE, arrêt *MAS cit.*, § 46. La CJUE s'appuie par ailleurs – comme suggéré habilement par la Cour constitutionnelle italienne – sur une considération déjà faite dans l'arrêt *Taricco I*.

¹⁰⁰⁹ En outre, la « règle *Taricco* » ne pourra pas trouver d'application dans les procédures relatives à des infractions commises avant l'arrêt *Taricco* de 2015, § 58.

¹⁰¹⁰ Cela n'a pas manqué d'alarmer certains auteurs, pour qui « Pour la première fois, une « situation d'incertitude dans l'ordre juridique national » autorise donc à tenir en échec la primauté du droit de l'Union, lequel est interprété à partir du droit national. L'ordre juridique de l'Union n'en sort pas conforté et il est à craindre que la diversité constitutionnelle des États membres essaime ce type d'exception. » H. Labayle, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la *saga Taricco* devant la Cour de justice », *RFD-A*, 2018, p. 532.

¹⁰¹¹ V. M. Cartabia et G. Lattanzi, « Dialogue between Courts and the *Taricco* Case », *cit.*

¹⁰¹² Contre cette « interprétation systémique » de l'art. 325 TFUE à la lumière de l'art. 49 de la Charte v. Rostane Mehdi, « *Taricco, M.A.S.* ou l'art délicat de la retraite en bon ordre... », <http://www.gdr-elsj.eu/2018/02/06/informations-generales/taricco-m-a-s-ou-lart-delicat-de-la-retraite-en-bon-ordre/>.

¹⁰¹³ CJUE, arrêt *MAS, cit.*, § 52.

¹⁰¹⁴ En ce sens aussi H. Labayle, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la *saga Taricco* devant la Cour de justice », *cit.*, qui juge ce choix comme « opportun ».

¹⁰¹⁵ En ce sens, également, L. D'Ambrosio, D. Vozza, « *Lieto fine* pour l'affaire *Taricco* ou le résultat du dialogue constructif entre la Cour constitutionnelle italienne et la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2018, p. 173.

La même méthode, fondée sur l'internalisation du conflit normatif, peut être observée dans le récent arrêt *Kolev*¹⁰¹⁶.

Une convergence possible autour du pluralisme constitutionnel - L'ensemble de ces jurisprudences indique que la Cour de justice, bien que « formellement » ne fonde pas sa décision sur une source externe, elle accorde une très grande importance « matérielle » aux principes issus des traditions constitutionnelles nationales au point que, lorsqu'elle reconnaît une carence au sein de l'ordre de l'Union, « dans l'intérêt général de l'Union », elle donne une interprétation du droit européen substantiellement conforme à l'interprétation nationale plus protectrice, élevant ainsi le niveau de protection au sein de l'ordre de l'Union.

En ce sens, bien que l'article 53 de la Charte soit rarement appliqué¹⁰¹⁷, la philosophie générale qui l'inspire semble être suivie. D'une part, la Cour poursuit bien « l'idéal » de l'article 53 de « la coexistence pacifique des différentes sources protégeant les droits fondamentaux »¹⁰¹⁸. D'autre part, à la simple coexistence, l'article 53 rajoute une invitation à la reconnaissance, dans le cadre de l'Union, « des droits nouveaux et la mise en balance d'exigences contradictoires », sans instaurer de hiérarchies entre les sources de protection des droits¹⁰¹⁹.

C'est donc parce que la Cour de justice de l'Union a la faculté – et non l'obligation – « de s'inspirer librement des droits concurrents »¹⁰²⁰ qu'officieusement elle prend en compte la diversité des droits en Europe et elle la valorise en intégrant cette diversité au sein même du droit de l'Union. Ainsi, tout particulièrement depuis l'adoption de la Charte UE, la Cour de justice peut rejoindre le pluralisme constitutionnel et en devenir l'un des protagonistes incontournables. L'affaire *Taricco* montre bien la convergence des approches de la Cour constitutionnelle italienne, d'une part, et de la Cour de justice de l'Union, d'autre part, ce qui a permis, en l'espèce, de résoudre un conflit dans un sens favorable au renforcement de la protection des droits en Europe.

¹⁰¹⁶ CJUE 5 juin 2018, aff. C-612/15, *Kolev*.

¹⁰¹⁷ Nicolas Cariat incite la Cour de justice à se référer à l'article 53. Sa réticence en effet « a pour effet paradoxal de nuire à la visibilité de sa jurisprudence relative à la conciliation des normes nationales protectrices des droits fondamentaux avec le droit de l'Union, qui s'avère nettement plus équilibrée que pourrait le laisser penser la lecture du seul arrêt *Melloni* », *Id.*, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruylant, 2016, p. 923.

¹⁰¹⁸ G. Rosoux, « Variations autour de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux et de la jurisprudence *Melloni* », *cit.*, p. 625. Les arrêts *Melloni* et *Åkerberg Fransson* montrent bien que lorsque l'action des États membre n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, il est possible pour les autorités et les juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, à la condition que cette application ne porte atteinte ni au niveau de protection prévu par la Charte, ni au principe de primauté, ni à l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (*Åkerberg Fransson*, pt. 29, *Melloni*, pt. 60). Cela sera confirmé aussi dans l'affaire *Jeremy F.*, aff. C-168/13 PPU.

¹⁰¹⁹ L. Azoulaï, « Article II-113 – Niveau de protection », *cit.*, p. 705. Azoulaï définit l'art. 53 comme une règle de reconnaissance et non une règle de conflit : « au lieu d'une obligation d'intégrer des contraintes externes, c'est la faculté de s'inspirer librement des droits concurrents ».

¹⁰²⁰ *Ibid.*

CONCLUSION

Cette étude ne se conçoit pas comme exhaustive. Au contraire, elle a entendu lancer des pistes pour des recherches futures. La construction d'un droit européen des droits fondamentaux est en effet un phénomène extrêmement mouvant, qui fuit les simplifications. Les ordres juridiques européens (dans le sens large des États parties du Conseil de l'Europe) évoluent, d'une part, en fonction d'enjeux politiques et juridiques internes, qu'il faut saisir dans leur complexité sans les réduire à des stéréotypes stériles, et, d'autre part, en fonction d'enjeux supranationaux. La difficulté consiste alors à étudier des évolutions juridico-politiques multiples, qui sont à la fois parallèles et entrelacées, en raisonnant en comparatiste : la compréhension des catégories et des principes juridiques de chaque système permet d'identifier les convergences et les divergences et élaborer des solutions de compromis, qui puissent créer « *un'armonia tra diversi* »¹⁰²¹ - une harmonie dans la diversité – dans le but d'une protection accrue des droits fondamentaux.

Je souhaiterais alors mener une recherche plus vaste sur les transformations des traditions juridiques nationales, d'autres pays que l'Italie, sous l'effet de l'eupéanisation de la protection des droits fondamentaux. En particulier, je serais intéressée à étudier comment ces bouleversements sont vécus par les acteurs juridictionnels et politiques nationaux et quels impacts ils ont dans les rapports entre les systèmes nationaux et européens.

De même, il sera intéressant d'observer si la théorie du pluralisme constitutionnel qui a germé dans les dernières années au sein de la doctrine jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne arrivera à « convaincre » les juridictions européennes et nationales. Face aux retranchements identitaires dus, en partie, aux bouleversements générés par une gestion de plus en plus complexe et multi-niveaux de la chose publique, l'appel à l'« ouverture » du pluralisme constitutionnel sera-t-il écouté ? Le pluralisme constitutionnel saura-t-il véritablement organiser la complexité sur le fondement d'un dialogue constructif entre les acteurs ? Pourra-t-il préserver la diversité tout en promouvant une unité européenne accrue autour de valeurs communes ?

Qui sait. En toute hypothèse, c'est précisément ce qu'il y a de plus imprévisible, de plus surprenant, de plus inattendu – ce qui n'est jamais figé en somme : c'est tout cela qui rend cette thématique si passionnante à mes yeux. En ce sens, c'est aussi une aventure humaine et c'est une chance de la poursuivre, à la faveur de recherches individuelles et collectives.

¹⁰²¹ V. Onida, « Armonia tra diversi e problemi aperti », *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 549.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
I. « Qui suis-je ? » Du droit public du cinéma aux rapports entre les systèmes en passant par le pluralisme	4
II. L'intérêt d'une recherche sur les rapports entre les systèmes italien et européens	7
III. Problématique	9
1. La construction prétorienne d'un droit européen des droits fondamentaux	9
2. Le dialogue des juges	14
3. La doctrine jurisprudentielle italienne	18
IV. La méthode	21
Première Partie	24
LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX À L'ORIGINE DES BOULEVERSEMENTS DE LA TRADITION JURIDIQUE ROMANO-GERMANIQUE	24
Titre I – Les confluences des traditions juridiques	28
Chapitre 1 – L'attribution de la valeur normative au droit jurisprudentiel de la Cour EDH	29
A. Les premiers jalons posés par la Cour constitutionnelle italienne	29
B. L'attribution des effets erga omnes aux arrêts de la Cour EDH. L'affaire Scoppola	33
1. L'affaire des « <i>figli di un Dio minore</i> »	33
2. La Cour de cassation et la défense d'une approche déformalisée en matière de droits fondamentaux	36
3. La Cour constitutionnelle et la reconnaissance des effets <i>erga omnes</i> aux arrêts de la Cour EDH détectant des problèmes structurels en droit national	39
C. L'application inter partes des effets des arrêts de la Cour EDH. L'affaire Costa et Pavan	42
Chapitre 2 – Vers un contrôle de constitutionnalité diffus	44
Titre II – Les résistances à la subversion de la tradition civiliste	48
Chapitre 1 – Les limites à la reconnaissance de la valeur normative du droit jurisprudentiel	48
A. L'incompatibilité entre les traditions juridiques. L'affaire Beschi	49
1. Faire prévaloir la substance sur la forme en matière de protection des droits : une nécessité ?	49
2. La réaffirmation du formalisme juridique et de son caractère incontournable dans un État de droit de tradition civiliste	52
a. Le caractère intrinsèquement démocratique de l'approche formelle	53
b. L'attachement à la conception formelle de la légalité pénale	54

B.	Le choc entre les traditions juridiques. L'affaire Taricco	58
C.	Les incompréhensions entre les traditions juridiques. Les affaires Varvara et GIEM 63	
1.	Les pièges d'une interprétation autoréférentielle de la notion de « jurisprudence » 66	
2.	Les risques d'une appréciation autocentrée des effets des arrêts européens.....	71
	Chapitre 2 – L'opposition au processus de diffusion du contrôle de constitutionnalité.....	73
	Partie II.....	76
	L'ESQUISSE D'UN MODÈLE D'ARTICULATION DES SYSTÈMES PAR LA DOCTRINE JURISPRUDENTIELLE ITALIENNE	76
	Titre I – Penser en fonction de l'ordre juridique d'appartenance : la doctrine dualiste	78
	Chapitre 1. Le dualisme à l'épreuve des nouveaux ordres européens	79
A.	La théorie dualiste appliquée au droit communautaire	80
B.	La théorie dualiste appliquée à la Convention européenne des droits de l'homme .	88
	Chapitre 2. L'hybridation du dualisme anzillotien	93
A.	L'érosion du dualisme par rapport au droit de l'Union européenne	94
1.	Les avancées de l'intégration	96
2.	La « découverte » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	97
B.	Le tournant « substantiel » dans la réglementation des rapports avec la Convention européenne des droits de l'homme	99
1.	L'intégration des systèmes	99
2.	La séparation des systèmes	101
	Chapitre 3. Les prémisses du pluralisme constitutionnel.....	102
A.	La réaffirmation de la centralité de la Cour constitutionnelle au sein de l'ordre de l'UE	104
1.	La saisine de la Cour de justice dans le cadre d'un contrôle incident.....	105
2.	La délimitation de l'application de la Charte UE en droit interne.....	106
B.	La plus grande intégration du droit conventionnel en droit interne.....	108
1.	Le maintien de la distinction entre l'ordre UE et l'ordre CEDH.....	108
2.	La reconnaissance de la valeur normative de la jurisprudence strasbourgeoise.	110
3.	La tendance à la diffusion du contrôle de conventionnalité	111
	Titre II – Penser au-delà de l'ordre juridique d'appartenance : le pluralisme constitutionnel	113
	Chapitre 1. Une procédure fondée sur le conflit constructif entre les juridictions internes et supranationales.....	119
A.	Le renvoi préjudiciel, instrument incontournable du dialogue des juges.....	119
1.	<i>Taricco</i> , une affaire européenne	119
a.	Une collaboration juridictionnelle fictive.....	121
a.1.	Un juge ordinaire révolté contre le législateur.....	121

a.2. La Cour de justice protectrice des intérêts financiers de l'Union	125
b. Une collaboration juridictionnelle constructive.....	131
b.1. La collaboration juridictionnelle via l'opposition des contre-limites.....	131
b.2. La collaboration juridictionnelle dans la perspective du pluralisme constitutionnel	135
2. L' <i>obiter dictum</i> de 2017. La construction collective d'une nouvelle procédure de protection intégrée des droits fondamentaux.....	140
a. L'introduction de la priorité constitutionnelle via un <i>obiter dictum</i> dialoguant.....	141
b. La priorité constitutionnelle réorientée par la Cour de justice UE et les juges nationaux	144
b.1. La réaffirmation de la jurisprudence Melki.....	144
b.2. Le conflit constructif entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle	145
c. La priorité constitutionnelle réajustée par la Cour constitutionnelle.....	147
c.1. Les précisions	147
c.2. Les nouveaux renvois préjudiciels	149
C. La demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme, une procédure essentielle dans la perspective du pluralisme constitutionnel	153
1. Les hautes cours audacieuses.....	154
2. La doctrine frileuse.....	156
3. Les raisons pour persévérer dans l'audace	158
Chapitre 2. Un critère matériel phare : la <i>massima espansione delle garanzie</i>	162
A. Les origines doctrinales du principe de « la plus grande expansion des garanties »	163
B. Les applications jurisprudentielles du principe.....	166
1. La <i>massima espansione delle garanzie</i> et l'ordre conventionnel	166
2. La <i>massima espansione delle garanzie</i> et l'ordre de l'Union européenne	171
a. L'article 53 de la Charte UE en tant que norme relai entre les deux systèmes 172	
b. La jonction entre la <i>massima espansione delle garanzie</i> et l'article 53 de la Charte UE 174	
C. La compatibilité du critère de la <i>massima espansione delle garanzie</i> avec le droit de l'Union européenne.....	178
CONCLUSION.....	183