

La Cour constitutionnelle italienne et l'application des droits international et européen en droit interne : de l'antisystème à la resystémation

Les systèmes, tant internes qu'externes, vivent et évoluent au contact des entités qui les composent pour finir par leur ressembler. La Cour constitutionnelle italienne l'a appris, dans un premier temps, à ses dépens. En effet, lorsqu'elle rend, en 1956¹, son premier arrêt, le système interne lui est parfaitement étranger. Pire, depuis huit années, une autre instance exerce à sa place la fonction de justice constitutionnelle, en attendant son entrée en fonction.

Il s'agit de la Cour de cassation qui, en tant que Cour suprême, fera vivre à l'Italie une expérience de contrôle de constitutionnalité de type diffus, à l'image du *judicial review* américain. Difficile ensuite pour cette dernière de laisser la place à la nouvelle juridiction constitutionnelle. Endosser les habits de juge constitutionnel sera alors, pour la Cour constitutionnelle, comme prendre les armes pour s'imposer dans ce que la doctrine qualifiera de « guerre des deux Cours »².

Dans ce système façonné par d'autres, la Cour constitutionnelle ne sera pas non plus immédiatement la seule à pouvoir contrôler la constitutionnalité de la loi. La Haute Cour de Sicile dispose, à l'époque, de cette prérogative pour les lois régionales siciliennes. Par un arrêt n° 38 de 1957³, la juridiction constitutionnelle va se donner les moyens de régner sans partage : l'unicité de la justice constitutionnelle est la volonté du Constituant de 1947 et il convient de la faire respecter. En conséquence, les prérogatives de la Haute Cour doivent désormais être considérées comme absorbées par ses propres compétences définies dans une amplitude qui n'admet pas de concurrence au niveau interne. D'ailleurs, ajoute la juridiction constitutionnelle, la lecture du texte constitutionnel démontre n'avoir accordé à la Haute Cour de Sicile qu'une légitimité transitoire, le temps qu'une véritable juridiction constitutionnelle soit instituée.

La Cour constitutionnelle a donc progressivement mis la main sur le système qui l'avait instituée, devenant désormais « *l'organo di chiusura del sistema* ». Cette phrase, la désigne littéralement comme l'« organe de clôture du système » qu'elle vient parfaire en favorisant l'équilibre entre les pouvoirs ou encore en garantissant la prévalence du texte constitutionnel. Mais en « bouclant la boucle », la juridiction constitutionnelle devient, aussi et surtout, l'organe qui actionne le verrou de ce système : il peut l'ouvrir mais aussi le fermer.

¹ Dès son premier arrêt n° 1 du 14 juin 1956 (toute la jurisprudence constitutionnelle italienne est accessible sur le site : www.giurcost.org), la Cour constitutionnelle met fin à la distinction opérée par la Cour de cassation, entre les normes constitutionnelles prescriptives, directement applicables, et les normes constitutionnelles programmatiques, laissées en attente d'une intervention législative.

² N. ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la guerra delle due Corti*, A. Giuffrè, 1973.

Quarante ans plus tard, cette guerre reprendra à propos de l'interprétation de la durée maximum de la garde à vue. Cette seconde guerre des deux Cours a duré de 1998 à 2005. Elle a débuté à l'issue du rendu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 292 de 1998, confirmé par la suite par les ordonnances n° 529 de 2000, n° 243 de 2003 ou encore par une ordonnance n° 59 de 2004.

³ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 38 de 1957, *Giur. cost.*, 1957, p. 463.

Les clés lui ont d'ailleurs été remises en main propre par le texte constitutionnel qui, du fait de son inspiration dualiste⁴, n'a eu, pendant longtemps, aucune vocation à régir les rapports entre l'ordre juridique interne et les ordres supranationaux. Seules deux de ses dispositions, les articles 10 et 11⁵, y faisaient référence comme pour prendre acte de leur existence sans pour autant y être relié.

La Cour constitutionnelle a fait de cette logique constitutionnelle initiale l'enjeu de son propre positionnement vis-à-vis des systèmes externes, en particulier, en ce qui concerne ceux du droit communautaire (devenu droit de l'Union européenne après le traité de Lisbonne⁶) et de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la CEDH). Ses premiers arrêts en la matière sont ainsi emplis de défiance. Il s'agit de les éloigner le plus possible de l'ordre juridique interne quitte à pratiquer ouvertement une politique d'antisystème visant à occulter leurs spécificités. Ainsi, ceux-ci sont complètement assimilés de manière à les soumettre, conformément au dualisme juridique, au régime juridique applicable au droit international classique. En particulier, les normes européennes et conventionnelles sont résolument liées à leur norme nationale de réception. Elles ne sauraient donc disposer d'un autre statut, en droit interne, que celui de loi ordinaire⁷. Leur présence dans l'ordre juridique interne est donc précaire et révoquant puisque le législateur peut, d'un revers de plume, les écarter en adoptant une loi nationale contraire postérieure⁸.

Le fossé ainsi creusé entre le système interne et les systèmes externes conduit d'ailleurs à annihiler la force de contrainte de ces derniers. En particulier, peut-on relever certains arrêts de la Cour de cassation italienne expliquant ne pas être liés par les dispositions conventionnelles pas plus que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹.

⁴ Sur ce point, voir notre étude « La réception de la Convention européenne des droits de l'homme par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », RDP, 2011, n° 5, pp. 1235-1254.

⁵ L'article 10 de la Constitution italienne contient un mécanisme d'adaptation « automatique » en faveur des normes internationales générales reconnues (ce qui vise essentiellement la coutume internationale). Il s'agit de la seule hypothèse où il est prévu que l'ordre juridique interne puisse subir des évolutions au regard de phénomènes juridiques externes. A noter que la juridiction constitutionnelle a expressément refusé, par un arrêt n° 32 du 18 mai 1960, de faire de l'article 10 précité le fondement de l'introduction des traités internationaux en droit interne.

De son côté, l'article 11 de la Constitution prévoit la possibilité pour l'Italie d'accepter des limitations de souveraineté en vue de sa participation à des organisations internationales.

⁶ On relèvera qu'en Italie, l'appellation « droit communautaire » est souvent maintenue par la doctrine même après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

⁷ A noter que la Convention européenne des droits de l'homme a été transposée, en droit interne italien, par la loi ordinaire n° 848 du 4 août 1955.

⁸ La Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée en ce sens pour le droit communautaire dans un arrêt n° 14 du 7 mars 1964. Dans cette affaire, elle a refusé que celui-ci puisse reposer, en droit interne, sur le fondement constitutionnel de l'article 11. Sur la question, voir en particulier, N. ZANON, *Le Corte dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Naples, ESI, 2006 ; M. SICLARI, *Le « norme interposte » nel giudizio di costituzionalità*, Padoue, Cedam, 1992.

⁹ Voir, en particulier, Cour de Cassation italienne, première chambre civile, arrêt n° 11573/2002 du 2 août 2002, *Srl Samantha Immobiliare c. Ministero della giustizia*. Dans cette affaire, la Haute instance n'avait pas hésité à considérer que les dispositions de l'article 6 de la CEDH n'étaient pas contraignantes pour l'ordre juridique interne italien considérant que leur portée était simplement indicative.

La Cour constitutionnelle est donc aux portes de son ordre interne. Elle est celle avec qui il faut traiter pour pouvoir en franchir le seuil. Ainsi la Cour européenne des droits de l'homme lui fera-t-elle savoir son inquiétude à propos de la vulnérabilité du droit conventionnel dans le système italien et de son inertie à y remédier¹⁰. De même, la Cour de justice entrera dans un « bras de fer » avec la juridiction constitutionnelle pour obtenir des concessions concernant le statut des normes communautaires en droit interne italien. Elle rendra ainsi son fameux arrêt *Costa c. Enel* de 1964¹¹ pour faire pression directement sur la Haute instance qui finira par accorder au droit communautaire un fondement constitutionnel au travers de l'article 11¹².

Mais ce que la juridiction constitutionnelle donne d'une main elle le retire de l'autre en affirmant que toute question de compatibilité entre le droit communautaire et le droit interne est désormais une question de constitutionnalité qui doit lui être posée. Aussi, le juge de droit commun ne peut-il pas appliquer directement le droit communautaire pour en assurer la primauté. Il doit renvoyer l'affaire à la juridiction constitutionnelle, par la voie du procès incident de constitutionnalité, afin de savoir si le législateur a contrevenu à l'article 11 de la Constitution précité¹³. D'où une nouvelle intervention de la Cour de justice, au travers d'un autre arrêt symbolique, l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 (affaire C-106/77) qui conduira à l'arrêt *Granital*¹⁴ de 1984 par lequel le juge constitutionnel italien acceptera de reconnaître l'effet direct du droit communautaire en droit interne.

Sous l'influence croisée de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice, un autre agencement a donc commencé à prendre forme, permettant au droit communautaire de bénéficier d'un statut spécifique par rapport au droit conventionnel (et au droit international en général).

De l'antisystème il fallait donc passer à la resystématisation. La révision du titre V de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre de 2001 (entrée en vigueur en 2006) va en fournir l'occasion. Celle-ci introduit, en effet, un nouvel article 117, alinéa 1^{er}, qui astreint, pour la première fois, le législateur (national et régional) au respect des obligations issues du droit de l'Union européenne et du droit international (y compris donc le droit de la Convention)¹⁵. A partir de ses arrêts re-fondateurs, nn° 348 et 349 de 2007¹⁶, qui

¹⁰ Voir notamment, Cour EDH, arrêt *Ciulla c. Italie* du 22 février 1989, Série A n° 148.

La Cour constitutionnelle a, pendant longtemps, éludé la question de la place des normes de la Convention dans le système (voir, en particulier les arrêts n° 104 de 1969, et n° 123 de 1970). Dans un arrêt n° 10 du 19 janvier 1993, elle a semblé accorder un statut particulier à la CEDH en qualifiant les normes conventionnelles de « sources atypiques renforcées » du système. Cependant, cet arrêt ne sera jamais confirmé par la suite. Elle se prononcera ensuite sur la question dans un arrêt n° 73 de 2001 limitant la portée de la Convention européenne à un simple instrument interprétatif.

¹¹ CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, affaire 6/64.

¹² Cour constitutionnelle, arrêt n° 183 du 27 décembre 1973, *Frontini*.

¹³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 183 de 1973. Dans le même sens, voir également, Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 232 du 30 octobre 1975, *Industria Chimica Italia centrale*.

¹⁴ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 170 du 8 juin 1984, *Granital*.

¹⁵ L. CONDORELLI, « La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale ? », *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2008, pp. 301-310.

tirent pour la première fois les conséquences de cette nouvelle disposition constitutionnelle, la Cour constitutionnelle va donc calibrer les espaces, ordonnant les systèmes externes entre eux (I) afin de paramétrer individuellement leurs rapports avec l'ordre juridique interne (II).

I – Ordonner entre eux les systèmes externes de l'UE et de la CEDH

En physique, le mot « entropie » correspond au phénomène de combinaison des substances qui, lorsqu'elles sont mises en contact, s'incorporent les unes aux autres de manière à trouver un nouvel équilibre. Le professeur R. Bin considère qu'il en est de même pour les systèmes juridiques sauf à maintenir des prescriptions destinées à éviter une confusion qui autrement serait irréversible¹⁷. La jurisprudence constitutionnelle italienne est ce procédé actif qui assigne à chacun des deux systèmes un cadre structurel déterminé (A) propre à annihiler toute perspective institutionnelle de rapprochement (B).

A – Les figures imposées

Les Cours constitutionnelles développent toutes, à leur manière, un regard sur leur ordre juridique et corrélativement sur les systèmes juridiques externes. Cela s'explique par le fait qu'elles sont chargées d'appliquer les normes internes qui règlent les rapports avec l'extérieur, mais aussi et surtout parce qu'elles ont compétence pour indiquer comment les acteurs du système national doivent les réceptionner.

Si l'on poursuit la métaphore de l'« entropie », on relève que moins les informations normatives sont nombreuses, plus le phénomène évoqué sera étendu, les systèmes ayant une plus grande liberté pour se rencontrer. *A contrario*, plus les indications en la matière sont détaillées, moins le phénomène aura vocation à se développer.

A partir de ses arrêts n° 348 et 349 de 2007, la Cour constitutionnelle va ainsi multiplier les informations relatives à la nécessaire différenciation des deux systèmes (UE et CEDH). Cela s'impose d'autant plus que le nouvel article 117, alinéa 1^{er}, est lui-même construit sur cette dissociation. Celui-ci distingue, en effet, les obligations issues de l'ordre juridique de l'UE et celles qui découlent des « obligations internationales » à proprement parler.

Dans son arrêt n° 348 de 2007, la juridiction constitutionnelle affirme ainsi qu'« *avec l'adhésion aux Traités communautaires, l'Italie est devenue partie prenante à un 'système' plus ample, de nature supranationale* » en faveur duquel elle a cédé une partie de sa souveraineté y compris en matière législative. En revanche, ajoute la Haute instance, la Convention européenne des droits de l'homme « *ne crée pas un ordre supranational et ne*

¹⁶ Cour constitutionnelle italienne, arrêts n° 348 et n° 349 du 24 octobre 2007, *G.U.* du 31 octobre 2007. Sur ce point, voir notre étude, « La Cour constitutionnelle italienne et la Convention européenne des droits de l'homme : la révolution à rebours des arrêts n° 348 et n° 349 de 2007 », *RFDC*, n°76, 2008/4, pp. 883-892.

¹⁷ R. BIN, « Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia », http://www.robortobin.it/ARTICOLI/Scritti_Modugno.pdf, 2011, p. 3.

produit pas de normes directement applicables dans les États membres ». Il s'agit uniquement d'un traité international multilatéral dont découlent des obligations pour les États membres mais qui n'entraîne pas « *l'incorporation de l'ordre juridique italien dans un système plus vaste au sein duquel les organes délibératifs pourraient adopter des normes contraignantes (...) pour toutes les autorités internes des États membres* ».

Dans son arrêt n° 349 de 2007, elle ajoute, de manière plus précise encore, que « *le Conseil de l'Europe, auquel se rapporte le système de protection des droits de l'homme réglementé par la CEDH et l'activité interprétative de cette dernière de la part de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, est une réalité juridique, fonctionnelle et institutionnelle distincte de la Communauté européenne* ».

Par cette démonstration, la juridiction constitutionnelle occulte les éléments qui auraient pu militer en faveur d'une certaine assimilation. En particulier, la Haute instance n'évoque pas l'évolution structurelle du système de la Convention issue notamment du protocole n° 11 qui la distingue désormais d'un engagement international classique. Ainsi, le principe originaire d'acceptation de la juridiction de la Cour et du droit de recours individuel (mécanismes propres au droit international classique) n'est plus d'actualité. Désormais, tout nouvel État qui entend intégrer le système de la Convention s'engage « en bloc » sur le texte conventionnel et sur le mécanisme juridictionnel de garantie de ce dernier, tout comme le ferait un nouvel État entrant dans l'Union européenne. De surcroît, l'engagement issu de la Convention n'est pas soumis au principe de réciprocité, tout comme les traités européens. Dans le même ordre d'idée, le protocole n° 16 qui vient d'être adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe prévoit, à l'image de ce qu'il se fait pour la Cour de justice, la possibilité pour les plus hautes juridictions des États membres de saisir la Cour européenne pour avis sur l'interprétation ou l'application des droits contenus dans la Convention.

La vision de la Cour constitutionnelle est ainsi des plus sélectives dans la mesure où elle ne met l'accent que sur les différences. La resystématisation est donc loin d'être neutre : elle plante un décor dans lequel sont encastrés les deux systèmes (UE et CEDH). Dès lors toute émancipation a vocation à être recadrée par la juridiction constitutionnelle.

C'est ce qui s'est produit lorsque celle-ci a été amenée à se prononcer sur la technique des arrêts-pilote. Par ce procédé, la Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, modifié de manière substantielle la physionomie de son contrôle, accentuant le caractère contraignant de certaines de ses condamnations, un peu à l'image de ce que peut faire parfois la Cour de justice pour faire cesser le manquement étatique allégué.

Par un arrêt n° 210 de 2013¹⁸, la Cour constitutionnelle est venue circonscrire la portée de cette nouvelle technique pour, non seulement en limiter les effets au regard de l'ordre juridique interne, mais aussi pour atténuer son impact sur la physionomie du système de la Convention. Dans cette affaire, la juridiction constitutionnelle était saisie, en la voie

¹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 210 du 18 juillet 2013, *G.U.* du 24 juillet 2013. Pour un commentaire, voir, en particulier, D. A. AMBROSELLI, « La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della *lex mitior*. Applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. *Questioni a margine della sentenza n. 210 della Corte costituzionale* », 3 février 2014, www.diritifondamentali.it

préjudicielle, par la Cour de cassation, sur l'opportunité de faire application de l'arrêt *Scoppola c. Italie* du 17 septembre 2009 à des faits d'espèces similaires mais pour lesquels les requérants n'avaient pas saisi le juge de Strasbourg. Pour le juge de renvoi, cet arrêt pouvait s'apparenter à un arrêt-pilote en ce qu'il mentionnait l'existence d'une violation structurelle de la Convention de la part de l'État italien.

La Cour constitutionnelle va pourtant développer la thèse contraire. Selon elle, la technique de l'arrêt-pilote occupe une position marginale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne peut sortir de son « *self restraint* » que de manière exceptionnelle. Aussi, la seule référence à un problème structurel est insuffisante pour pouvoir se prévaloir de la qualification d'arrêt-pilote. D'ailleurs l'arrêt *Scoppola c. Italie* s'en serait lui-même écarté en précisant qu'il n'y avait pas lieu, dans la présente affaire, d'indiquer les mesures générales qui s'imposent au niveau national pour exécuter la présente décision¹⁹.

De cette manière, les jalons ont été posés comme pour borner l'espace au-delà duquel le système de la Convention ne peut pas aller. C'est d'ailleurs ce qui la porte à occulter l'importance croissante de cette technique²⁰ qui, de surcroît, fait désormais l'objet d'une codification spéciale dans le Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme²¹.

Au regard de la jurisprudence constitutionnelle, la nature intrinsèque du système de la Convention demeure donc telle qu'elle l'a définie dans ses deux arrêts de 2007, c'est-à-dire fondamentalement éloignée du système de l'UE.

Cette opposition structurelle est essentielle pour le juge constitutionnel car elle lui permet de justifier, pour les normes conventionnelles, de l'attribution d'un statut juridique distinct des normes européennes. Dans l'arrêt n° 348 de 2007, il est, en effet, précisé que la différence de logique entre le système de l'UE et le système conventionnel implique une différence de statut, en droit interne, entre les normes qui en sont issues. Ainsi, l'article 11 de la Constitution qui sert de fondement à la présence des normes européennes en droit interne ne peut être attribué aux normes conventionnelles²². Celles-ci doivent être considérées comme entrant dans la catégorie des « normes interposées » qui se situent entre la loi et la Constitution et qui bénéficient, à ce titre, d'une force de résistance leur permettant de ne pas céder face à la loi postérieure contraire.

En conséquence, toute hypothèse de contrariété entre une norme nationale et une norme conventionnelle constitue, selon la Cour constitutionnelle, une question de

¹⁹ Même si, dans cette affaire, la Cour constitutionnelle ne reconnaît pas à l'arrêt *Scoppola* le caractère d'un arrêt-pilote, elle admet qu'il puisse produire, en tant que paramètre interposé dans le jugement de constitutionnalité, des effets en droit interne à l'égard de justiciables qui ne sont pas expressément visés par cette affaire.

²⁰ M. AFROUKH, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts », *RDLF*, 2012, chron. n°5.

²¹ En mars 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a inséré un nouvel article 61 dans son règlement de procédure, afin de donner un cadre procédural bien défini aux arrêts-pilote.

²² La Cour constitutionnelle a refusé également, à partir de ses arrêts nn° 348 et 349 de 2007, de faire reposer les normes conventionnelles sur l'article 10 de la Constitution. Elle a légèrement infléchi sa position, sans que cela n'ait de conséquences majeures, dans deux arrêts nn° 311 et 317 de 2009 (*G.U.* 2 et 9 décembre 2009) où elle a admis, à titre exceptionnel, la possibilité de faire reposer les normes conventionnelles sur l'article 10 de la Constitution dans l'hypothèse où celles-ci seraient reconductibles à des normes internationales généralement reconnues.

constitutionnalité qui doit lui être posée par le juge *a quo*. Celui-ci doit, en effet, sur le fondement de l'article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution, lui demander si le législateur n'a pas violé cette disposition constitutionnelle lue en combinaison avec le paramètre conventionnel interposé (tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme).

La juridiction constitutionnelle précise également que la confrontation de la norme nationale à la norme conventionnelle ne peut se faire qu'après vérification de sa compatibilité avec le texte constitutionnel. Il serait, explique-t-elle, parfaitement incongru de déclarer une loi inconstitutionnelle sur le fondement d'une norme conventionnelle interposée incompatible avec le texte constitutionnel.

A première vue, cette configuration peut faire penser à ce qui avait été défini, à l'origine, pour le droit de l'Union européenne. Mais à y regarder de plus près, l'on se rend compte que ce n'est pas le cas. Alors que l'examen de compatibilité entre la norme européenne et le texte constitutionnel ne concernait que les principes fondamentaux du système (en application de la théorie classique de la contre-limite), celui des normes conventionnelles s'effectue à l'encontre de toutes les dispositions constitutionnelles (théorie de la « contre-limite élargie »²³). A partir de là, tout raisonnement analogique est à proscrire entre les deux systèmes et tel est l'objectif de la juridiction constitutionnelle : il n'y aura pas de « chemin conventionnel » comme l'on a pu parler d'un « chemin communautaire »²⁴ pour désigner l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle.

Ainsi cantonnés, les deux systèmes ne sauraient valablement se rencontrer pour produire des effets conjugués en direction de l'ordre juridique national. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle refuse encore aujourd'hui de valider toute hypothèse de rapprochement institutionnel entre ces derniers.

B – Les perspectives figées

En dehors de leur architecture propre qui peut éventuellement les différencier, les systèmes de l'UE et de la CEDH entretiennent des relations que la Cour constitutionnelle n'a jamais été sans ignorer.

Depuis longtemps déjà, la Cour de justice témoigne d'une volonté, maintes fois réitérée, de donner à la Convention « une signification particulière » (arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89) dans le mécanisme de protection des droits fondamentaux à l'échelle du système de l'UE. Depuis un arrêt *P.S. et Cornwall County council* de 1996 (aff. C-13/94), elle cite régulièrement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, montrant sa volonté de prendre en compte non seulement les arrêts du juge de Strasbourg mais sa jurisprudence en général. Au travers de ce seul prisme, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme empruntent déjà le canal de l'Union européenne pour produire des effets dans les droits internes des États membres.

²³ T.F. GIUPPONI, « Corte costituzionale, obblighi internazionali e 'controlimiti allargati' : che tutto cambi perché tutto rimanga uguale ? », in www.forumcostituzionale.it. 2007.

²⁴ P. BARILE, « Il camino comunitario della Corte », *Giur.cost.*, 1973, p. 2401 et s

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ces relations sont sur la voie de l'institutionnalisation du fait du processus d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir si cela entrainera *de facto* la « communautarisation » ou la « trattatisation »²⁵ (pour reprendre un autre néologisme) de la Convention européenne des droits de l'homme.

La juridiction constitutionnelle a entendu repousser cette perspective dès ses arrêts nn° 348 et 349 de 2007. Elle a affirmé qu'elle n'en prendrait acte qu'au moment où l'adhésion serait effective et les effets qui en découlent définis avec précision. Par cette prise de position précoce, la Cour constitutionnelle entendait couper court, en amont, à toute velléité d'émancipation de la CEDH de son positionnement initial par rapport au système interne.

Mais elle n'a pas complètement réussi à convaincre. Certains juges de droit commun ont, en effet, tenté de forcer le verrou posé par la Cour constitutionnelle. En particulier, le Conseil d'État, dans un arrêt n° 1220 du 2 mars 2010²⁶, a affirmé que la CEDH devait désormais produire, en droit interne, les mêmes effets que le droit de l'Union européenne (en particulier l'effet direct) en raison de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et du renvoi, par l'article 6 TUE, à cette dernière. Il a d'ailleurs été suivi en ce sens par plusieurs jugements première instance²⁷ dont un du TAR de Lazio n° 11984 de 2010²⁸ prônant la nécessité aujourd'hui de faire reposer la Convention sur l'article 11 de la Constitution tout comme le droit de l'UE.

Par un arrêt n° 80 de 2011²⁹, la Cour constitutionnelle a, de nouveau, remis les pendules à l'heure. Elle a réaffirmé qu'en l'absence de liens institutionnels tangibles, la disposition des systèmes externes, telle qu'elle l'a définie dans ses arrêts de 2007, demeurerait intacte. En effet, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne au 1^{er} décembre 2009 ne saurait impliquer, en l'état actuel des choses, une quelconque affiliation du système de la Convention au système de l'Union Européenne. Le Conseil de l'Europe constitue toujours une réalité juridique et fonctionnelle fondamentalement différente de celle des traités européens. Ainsi, la mention contenue dans le paragraphe 3 de l'article 6 du TUE selon lequel les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, « font partie du droit de l'Union en tant que principes fondamentaux » n'ouvre pas de fenêtre

²⁵ A. RUGGERI, « La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo », 2011, www.forumcostituzionale.it, p. 5 et s.

²⁶ A. SCHILLACI, « Il Consiglio di Stato e la CEDU », 2010, <http://www.diritti.comparati.it>.

²⁷ Voir notamment, T.A.R. Brescia Lombardie, sect. II, n° 2070 du 20 mai 2010 ; T.A.R. Gênes Ligurie, sect. I, n° 10405 du 18 novembre 2010 ; T.A.R. Palerme Sicile, sect. II, n° 175 du 1^{er} février 2011 ; T.A.R. Venise Vénétie, sect. I, n° 400 du 10 mars 2011.

²⁸ Le TAR Rome Lazio, sect. II, arrêt n° 11984 du 18 mai 2010.

²⁹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 80 du 11 mars 2011, *Gazzetta Ufficiale*, du 16 mars 2011. Pour un commentaire, voir, en particulier, A. RANDAZZO, « Brevi note a margine della sentenza n° 80 del 2011 della Corte costituzionale », 2011, <http://www.giurcost.org>.

Voir, dans le même sens, également l'arrêt n° 303 du 11 novembre 2011, *G.U.* du 16 novembre 2011, commenté par A. BONOMI, « Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (.. prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.) », <http://www.giurcost.org/decisioni/>

européenne à la Convention. Pour la juridiction constitutionnelle, le système conventionnel est ici cité uniquement à titre de source d'inspiration sans que cela ait pour effet de lui attribuer une force équivalente à celle des traités. En conséquence, la Haute instance considère que les systèmes de l'UE et de la CEDH demeurent séparés, la perspective de leur rapprochement institutionnel demeurant, pour le moment, hypothétique³⁰.

C'est la raison pour laquelle elle écarte également, toujours dans son arrêt n° 80 de 2011, la possibilité d'une « communautarisation indirecte » de la Convention par l'intermédiaire de la Charte des droits fondamentaux.

A ce propos, il faut relever que la jurisprudence constitutionnelle s'est longtemps peu intéressée à ce texte. Celui-ci était évoqué au simple titre de référence générale du fait de son absence de caractère contraignant³¹. Lorsqu'elle a, en revanche, acquis une force équivalente à celle des traités, la Cour constitutionnelle a commencé à s'en préoccuper, craignant qu'elle ne constitue une menace pour son monopole, en droit interne, en matière de contrôle des lois. Celle-ci pouvant être directement invoquée devant le juge de droit commun qui aurait ainsi pu voir son rôle en la matière considérablement enrichi au détriment de la juridiction constitutionnelle. Celle-ci a précisé, au travers de sa jurisprudence³², que la Charte de Nice n'était invocable que s'il existait un lien tangible entre le droit fondamental visé et l'ordre juridique de l'Union européenne.

Et pour ce qui est du système de Strasbourg, la Cour constitutionnelle a indiqué que la Charte de Nice ne saurait être « le cheval de Troie »³³ de la Convention en lui permettant, par ricochet, de bénéficier de la force juridique des traités européens en cas de correspondance matérielle entre les deux catalogues de droits fondamentaux. En effet, la Haute instance a rappelé à cet effet l'article 6.1, alinéa 2, du nouveau TUE selon lequel « *les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités* ». Elle se réfère, de surcroît, à la jurisprudence de la Cour de justice qui développe, sur ce point, une position analogue³⁴. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme ne peut bénéficier de la force contraignante du droit de l'UE que pour les affaires impliquant des « actes de l'Union » ou des « actes et comportements nationaux qui donnent application au

³⁰ Cela ne l'est toutefois pas pour le juge de droit commun. Par une ordonnance du 23 septembre 2013, à propos de l'affaire Costa et Pavan, le Tribunal de Rome s'est prononcé en faveur de l'applicabilité directe de certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (sans nécessité de renvoi à la Cour constitutionnelle). Il a procédé, pour ce faire, à une interprétation plutôt discutable de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle afin de corroborer sa position. Il conviendra donc de suivre l'évolution de cette affaire pour en apprécier les perspectives exactes.

Sur cette ordonnance, voir, en particulier, A. RUGGERI, « Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan) », in *www.diritticomparati.it*.

³¹ On peut citer, notamment, deux arrêts n° 393 et 394 de 2006 par lesquels la Cour constitutionnelle a fait référence à la Charte en ce qu'elle était l'expression « de principes communs à tous les systèmes européens ».

³² Cour constitutionnelle italienne, voir notamment, les ordonnances n° 138 du 15 avril 2011, *G.U.* du 20 avril 2011, n° 175 du 8 juin 2011, *G.U.* du 15 juin 2011.

³³ A. GUAZZAROTTI, « I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti », *Rivista telematica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n° 3/2011, 14 septembre 2011, p. 2.

³⁴ CJUE, ordonnance du 17 mars 2009, affaire C-217/08, *Mariano* ; arrêt du 5 octobre 2010, affaire C-400/10, *PPU, McB* ; ordonnance du 12 novembre 2010, affaire C-399/10, *Krasimir et autres*.

droit de l'Union », c'est-à-dire dans des hypothèses très restreintes où finalement la Convention devient purement décorative. La Convention européenne des droits de l'homme, explique la Cour constitutionnelle, doit donc être considérée comme une source distincte de la Charte en elle-même.

Sur la question de la dissociation des systèmes externes, la Cour constitutionnelle a reçu le soutien stratégique de la Cour de justice. Dans un arrêt du 24 avril 2012³⁵, celle-ci a isolé les effets du processus d'adhésion à la CEDH. En l'espèce, elle était saisie d'une question préjudicielle posée par le Tribunal de Bolzano et aux termes de laquelle il lui était demandé si le juge de droit commun était, désormais, dans l'obligation d'écarter directement les normes internes contraires au droit de la Convention. La Cour de justice a répondu par la négative en soulignant que l'article 6 du nouveau TUE implique la seule entité européenne, sans qu'il y ait d'incidence sur la nature intrinsèque du système de Strasbourg lequel demeure dans une logique qui lui est propre par rapport au système de l'UE.

La Cour de justice, en refusant également la confusion des systèmes supranationaux, s'est érigée en alliée de circonstance de la Cour constitutionnelle italienne (dans la mesure où la question préjudicielle était à l'initiative d'un juge national italien). Ainsi, dans un arrêt n° 210 de 2013³⁶, la Cour constitutionnelle s'est-elle fondée expressément sur cet arrêt comme pour faire prévaloir la cohérence juridique de sa position et son autorité sur le système interne.

La juridiction constitutionnelle semble ainsi avoir réussi à satelliser les systèmes de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur deux orbites différentes qui tournent autour du système interne sur la base d'une trajectoire et d'une distance propre à chacun.

II – Paramétrer les rapports du système interne avec les systèmes de l'UE et de la CEDH

La Cour constitutionnelle italienne a consacré une logique « bi-dimensionnelle » visant à paramétrer individuellement chacun des deux systèmes (au vu de leurs caractéristiques propres) dans leurs relations avec le système national. A la distance dans la proximité qui est instituée entre le système interne et celui de l'UE (**A**) correspond, en miroir inversé, l'union dans la différence avec le système de la Convention européenne des droits de l'homme (**B**).

A – La distance dans la proximité avec le système de l'UE

³⁵ CJUE, arrêt du 24 avril 2012, aff C-571/10, *Kamberaj*. Voir en particulier les commentaires : A. BASILICO, « Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU ? Il punto di vista della Corte di Giustizia », *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n° 3/2012, du 25 septembre 2012.

³⁶ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 210 du 18 juillet 2013, *G.U.* du 24 juillet 2013.

Dans son arrêt n° 170 de 1984, la Cour constitutionnelle évoquait la nécessité de clarifier les rapports entre ce qu'elle appelait le « phénomène communautaire » et l'ordre juridique interne. L'esprit des traités, soulignait-elle, impliquait désormais de les considérer comme étant coordonnés entre eux. Dans un arrêt n° 389 de 1989, la Haute instance allait un peu plus loin dans le rapprochement, relevant que l'on était en présence, ici, de deux systèmes « communicants »³⁷.

Dès lors le ton est donné : l'autarcie doit laisser place à l'ouverture avec la possibilité pour les deux systèmes juridiques d'échanger réciproquement. Ces échanges seront savamment orchestrés par la juridiction constitutionnelle qui va faire du juge de droit commun le porte-parole du système interne au travers du mécanisme dit du « double guichet »³⁸ (ou de la « double voie »).

Selon un tel procédé, dès lors qu'il y a un autre juge, en plus du juge constitutionnel (comme c'est le cas dans le procès par voie incidente), qui est impliqué dans la résolution d'une question de compatibilité entre le droit de l'UE et une norme nationale, c'est cet autre juge qui doit statuer.

Pour autant, la juridiction constitutionnelle n'a pas pu s'exclure complètement du mécanisme de résolution des conflits entre l'ordre juridique de l'UE et l'ordre juridique interne. Elle intervient d'une part lorsque la norme européenne est dépourvue d'effet direct (là, c'est toujours le mécanisme initial qui s'applique avec l'obligation de renvoi de la part du juge *a quo*), et d'autre part, lorsqu'elle est le seul juge à intervenir (en particulier dans le procès par voie d'action)³⁹. A cela s'ajoute la possibilité de statuer en cas d'incompatibilité du droit de l'Union européenne avec les principes fondamentaux de la Constitution (mais cette hypothèse est désormais plus que restreinte du fait de la théorie de l'« européanisation » de la contre-limite⁴⁰).

Faire des systèmes « communicants » passe également par la voie du dialogue avec la Cour de justice. Là encore, la juridiction constitutionnelle va œuvrer dans ce sens. Par une ordonnance n° 206 de 1976⁴¹, confirmée, après quelques hésitations (cf. arrêt n° 168 de 1991⁴²), par une ordonnance n° 536 de 1995⁴³, elle va s'en exclure personnellement pour placer en première ligne le juge de droit commun.

³⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 389 du 11 juillet 1989, *G. U.* du 26 juillet 1989.

³⁸ T. GROPPI, « La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE », in P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi (a cura di), *Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turin, 1997, pp. 171-188. Voir aussi, M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Turin, 2009.

³⁹ Voir, les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 384 du 10 novembre 1994, *G. U.* du 16 novembre 1994 et n° 94 du 30 mars 1995, *G. U.* du 5 avril 1994.

⁴⁰ En ce sens, voir A. CELOTTO, « La primauté nel Trattato di Lisbona », in *Dal trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), Naples, 2009, p. 390 et s.

⁴¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 206 de 1976 ; A. TIZZANO, « Sull'incostituzionalità delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari », *Foro italiano*, 1976, p. 2299 et s.

Dans un autre arrêt n° 536 de 1994, la Haute instance affirmait encore que « le juge communautaire ne peut être saisi par la Cour constitutionnelle laquelle exerce essentiellement une fonction (...) de garantie suprême du respect de la Constitution de la République de la part des organes constitutionnel de l'État et des Régions ».

⁴² Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle va refuser d'effectuer un renvoi préjudiciel aux seuls motifs que la disposition invoquée ne présente pas de doute interprétatif ou de validité. Elle semblait dès lors admettre, à ce

Pour la juridiction constitutionnelle, ce n'est pas à elle qu'il appartient d'échanger avec le système de l'UE car elle ne saurait être assimilée à une « juridiction » au sens des traités qui visent uniquement les juges de droit commun. Or, comme elle l'a affirmé avec force dans son arrêt n° 13 de 1960⁴⁴ (mais aussi dans son ordonnance précitée de 1995), la spécificité de sa fonction, sans équivalent dans le système interne, ne peut conduire à l'assimiler aux juges de droit commun. Les concepts de l'Union européenne ne sauraient, en effet, avoir pour effet de dénaturer la position qu'elle assume en droit interne.

Ainsi, en cas de « question doublement préjudicielle »⁴⁵, comportant à la fois une question de constitutionnalité et une question de compatibilité avec le droit de l'Union européenne, la Cour constitutionnelle va demander, expressément au juge de droit commun de résoudre d'abord le conflit entre l'ordre juridique de l'UE et l'ordre juridique interne, consacrant dès lors une « véritable priorité logique et temporelle entre préjudicialité communautaire (...) et question de constitutionnalité »⁴⁶. L'objectif de la Haute instance était qu'au final ne lui parviennent que les griefs de constitutionnalité *stricto sensu*⁴⁷. De plus, un tel ordre chronologique permettait de mettre la Cour constitutionnelle « à l'abri » de toute décision postérieure du juge de Luxembourg susceptible de remettre en cause la jurisprudence constitutionnelle⁴⁸.

La communication des systèmes s'est tellement bien installée entre les juges de droit commun et la Cour de justice que la juridiction constitutionnelle s'est progressivement retrouvée exclue⁴⁹ de son propre schéma de fonctionnement. Celle-ci n'était, en effet,

moment-là, qu'en cas contraire, une telle initiative était été envisageable. Elle avait toutefois considéré, à l'époque, que le renvoi préjudiciel n'était, pour elle, qu'une faculté alors qu'en tant que juge de dernier ressort, il s'agissait bel et bien d'une obligation au sens des traités.

⁴³ Cour constitutionnelle, ordonnance n° 536 du 29 décembre 1995, *G.U.*, du 3 janvier 1996 ; A. BARONE, « La Corte costituzionale ritorna sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario », *Il Foro it*, 1995, p. 2050.

⁴⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 13 du 23 mars 1960, *Giur. cost.*, 1960, p. 123-134.

⁴⁵ M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa : profili istituzionali e costituzionali*, Bologne, 2000, pp. 194-197. ; F. SORRENTINO, « E veramente inammissibile il doppio rinvio ? », *Giur. Cost.*, 2002, p. 774 et s. ; M. CARTABIA, « La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea », in N. ZANON (dir.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Naples, 2006, pp. 101-104.

⁴⁶ D. BASILI, G. M. DI NIRO, « Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e dialogo tra le Corti : evoluzioni e prospettive », *Federalismi.it*, n° 20/2011.

⁴⁷ La rigueur du mécanisme est telle que la juridiction constitutionnelle peut décider de restituer les actes au juge *a quo* qui aurait omis de procéder au renvoi préjudiciel (si celui était nécessaire) avant de la saisir : en ce sens, voir notamment, Cour constitutionnelle, ordonnances n° 536 de 1995, n° 319 de 1996, nn° 108 et 109 de 1998 ; plus récemment, ordonnances n° 415 de 2008 et n° 100 de 2009.

Une solution similaire a été posée également quand le juge de renvoi a utilisé simultanément les deux voies. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable la question de constitutionnalité et a restitué les actes au juge *a quo* : Cour constitutionnelle, ordonnance n° 85 de 2002. Dans une ordonnance n° 165 de 2004, la juridiction constitutionnelle a ainsi renvoyé l'affaire à un nouveau rôle en attendant que le juge communautaire se prononce sur les questions préjudicielles touchant aux normes impliquées dans le procès incident de constitutionnalité.

⁴⁸ L. PESOLE, « Un altro passo avanti nel percorso : la Corte costituzionale rinvia alla Corte di giustizia in un giudizio incidentale », *federalismi.it*, n. 25/2013, p. 3.

⁴⁹ En ce sens, D. BASILI, G. M. DI NIRO, « Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e dialogo tra le Corti : evoluzioni e prospettive », *Federalismi.it*, n° 20/2011, p. 7.

pratiquement plus saisie au retour de l'arrêt préjudiciel⁵⁰. C'est la raison pour laquelle, la juridiction constitutionnelle a décidé d'entrer dans la danse en posant, pour la première fois, une question préjudicielle à la Cour de justice.

Par une ordonnance n° 102 de 2008⁵¹, la Cour constitutionnelle a donc « brisé la glace »⁵², affirmant qu'en ratifiant les traités l'Italie faisait désormais partie d'« un ordre juridique (...) intégré »⁵³ et coordonné avec le système interne ». Pour la première fois, la juridiction constitutionnelle parlait ainsi d'intégration, dépassant sa conception dualiste originelle pour se rapprocher (sans pour autant se fondre dedans) dans la conception moniste de la Cour de justice.

La juridiction constitutionnelle a relevé que son initiative s'expliquait par le seul fait qu'étant saisie par voie d'action, elle était « l'unique juge » à intervenir dans cette instance. Dans ce type de procès, elle pouvait donc être considérée comme une « juridiction nationale » au sens des traités. Pour autant, avait-elle signifié, un tel raisonnement ne pouvait avoir cours dans le cadre du procès incident de constitutionnalité (en cas de « double-guichet »)⁵⁴. A cette époque, l'on avait déduit que le renvoi préjudiciel était lié à la typologie du procès de constitutionnalité.

De plus, dans un souci d'« extrême prudence »⁵⁵, la Cour constitutionnelle avait spécifié que ce renvoi n'altérerait en rien la singularité de sa fonction telle que décrite dans son arrêt n° 13 de 1960. En d'autres termes, le renvoi préjudiciel ne saurait altérer sa position dans l'ordre juridique interne et déterminer un quelconque assujettissement à la Cour de justice.

Même si la juridiction constitutionnelle n'effectuera pas d'autres renvois pendant plusieurs années, elle maintiendra pour acquise la dynamique d'ouverture. Dans un arrêt n° 75 de 2012, elle réaffirmera la possibilité qui est désormais la sienne de saisir la Cour de justice

⁵⁰ T. GIOVANNETTI, « L'assetto dei rapporti tra giudici comuni, Corte di Giustizia e Corte costituzionale nel 'camino comunitario' della Consulta », in *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, a cura di P. Passaglia, Corte costituzionale, servizio studi, avril 2010, p. 19 ; M. CARTABIA, A. CELOTTO, « La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza », *Giur. Cost.*, p. 2002, p. 4504

⁵¹ Cour constitutionnelle, ordonnance n° 102 du 15 avril 2008, *G.U.* du 16 avril 2008 ; commentée notamment par M. CARTABIA, « La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia : atto primo », *giur. Cost.*, 2008, pp. 1312-1318. Voir aussi l'ordonnance de renvoi n° 103 de 2008.

⁵² M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Turin, 2009, p. 94 ; voir également, L. PESOLE, « La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessioni sull'ordinanza n. 103 del 2008 », *Federalismi.it*, n° 15 de 2008, p. 13.

Ce revirement n'était pas inattendu. En effet, il y aurait eu des années de préparation comme en attestent de nombreuses rencontres organisées par la Cour constitutionnelle sur le sujet. En ce sens, voir, D. BASILI, G. M. DI NIRO, « Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e dialogo tra le Corti : evoluzioni e prospettive », *Federalismi.it*, n° 20/2011, p. 16.

⁵³ C'est nous qui soulignons.

⁵⁴ La Cour de justice s'est prononcé sur le renvoi de la Cour constitutionnelle italienne par un arrêt du 17 novembre 2009 (affaire C-168/09), Présidente del Consiglio dei Ministri e Regione Sardegna, *Rec.* I-10821.

La Cour constitutionnelle italienne l'a réceptionné au travers de son arrêt n° 216 de 2010. Dans cet arrêt est déclaré « inconstitutionnel l'article 4 de la loi de la Région de Sardaigne n° 4 du 11 mai 2006 (...) pour violation de l'article 117, alinéa 1er, de la Constitution en ce qu'il était incompatible avec la norme interposée de l'article 49 TCE (aujourd'hui art. 56 TFUE) tel qu'interprété par la Cour de justice ».

⁵⁵ L. UCCELLO BARETTA, « La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale (nota a Corte cost. ord. n. 207/2013) », *Associazione italiana dei costituzionalisti*, novembre 2013, p. 3.

en cas de doute interprétatif ⁵⁶. Dans un arrêt n° 94 de 2013, elle finira même par révéler l'existence d'une réflexion personnelle sur l'éventualité d'un renvoi dans le cadre du procès incident.

Ainsi, le renvoi de 2008 n'avait en aucune manière vocation à devenir une « pièce de musée ». Après avoir préparé les esprits avec son arrêt n° 94 de 2013 précité, la juridiction s'est de nouveau adressée à la Cour de justice. Par une ordonnance n° 207 de 2013 ⁵⁷, elle lui a, en effet, posé une question en interprétation du droit de l'UE mais cette fois, dans le cadre du procès incident de constitutionnalité ⁵⁸.

Cependant, contrairement à la première ordonnance de renvoi, la motivation de celle-ci surprend pas sa concision et par l'absence totale de justification de la part de la Haute instance qui se contente d'affirmer qu'elle est une « juridiction nationale au sens de l'article 267, alinéa 3, du TFUE également ⁵⁹ dans les procès par voie incidente ». La seule explication consiste à dire que si elle n'a pas renvoyé l'affaire au juge *a quo* c'est parce que la résolution du conflit normatif n'était pas envisageable par la voie de l'interprétation et qu'il n'était pas non plus possible d'écarter l'application de la norme législative en cause au profit de la norme européenne, celle-ci étant dépourvue d'effet direct (au regard des critères issus de la jurisprudence de la Cour de justice).

Pour le reste, la juridiction constitutionnelle ne dit mot sur les raisons de ce revirement pas plus qu'elle ne reprend ses explications issues de son arrêt fétiche de 1960. L'opacité de cette ordonnance a d'ailleurs provoqué le scepticisme de certains auteurs qui s'attendent, désormais, à certaines « surprises » de la part de la Haute instance qui pourrait, sans plus d'explication, faire « machine arrière » ⁶⁰.

Sans aller jusque-là, cette ordonnance de 2013 doit être replacée dans le contexte de la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle. Si le système interne est dans une position d'ouverture vis-à-vis du système de l'UE, cette ouverture est relative. Même si la Haute instance ne le précise pas expressément, il est évident qu'elle n'entend pas se fondre dans la notion européenne de « juridiction ». En effet, si les systèmes interne et de l'UE sont « coordonnés » entre eux, voire « intégrés » sur certains aspects, ils n'en demeurent pas moins

⁵⁶ A chaque fois, la Cour constitutionnelle a évité de renvoyer, invoquant différentes raisons tenants, par exemple, à l'absorption de la question de compatibilité avec le droit de l'UE par la déclaration d'inconstitutionnalité pour contrariété à l'article 117, alinéa 1er, de la Constitution (arrêt n° 320 de 2008 ; ordonnance n° 18 de 2009). Une autre justification tenait à l'absence de doute interprétatif (arrêt n° 439 de 2008, arrêt n° 16 de 2010) ou encore au caractère superflu du renvoi (arrêt n° 320 de 2008, ordonnance n° 126 de 2010).

⁵⁷ Cour constitutionnelle, ordonnance n° 207 du 18 juillet 2013, *G.U.*, du 24 juillet 2013. Sur l'ordonnance, voir les commentaires : U. ADAMO, « Nel dialogo con la Corte di giustizia, la Corte costituzionale è un organo giurisprudenziale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013 », *Quaderni costituzionali*, 24 juillet 2013 ; B. GUASTAFERRO, « 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 dei quaderni costituzionali*, 21 octobre 2013.

⁵⁸ Ce renvoi de la Cour constitutionnelle italienne est intervenu quelques mois à peine après celui du Conseil constitutionnel, décision n° 2013-314P, QPC du 4 avril 2013, *JORF* du 7 avril 2013 page 5799. Sur ce point, voir en particulier, A. LEVADE, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice: nouveau cadre procédural du dialogue des juges ! », *Constitutions*, n° 2, 2013, pp. 187-189.

⁵⁹ C'est nous qui soulignons.

⁶⁰ L. UCCELLO BARETTA, *op. cit.*, p. 7.

« distincts » (arrêt n° 170 de 1984) ou encore « réciproquement autonomes » (arrêt n° 389 de 1989). Pour la Haute instance, le droit de l'UE « appartient à un autre ordre juridique différent de l'ordre juridique étatique » (arrêt n° 170 de 1984).

Tout en symbolisant un ultime rapprochement avec l'ordre juridique de l'Union européenne, le renvoi préjudiciel de 2013 vient consacrer également leur distance irréductible. D'ailleurs le renvoi préjudiciel effectué par la Cour constitutionnelle ne saurait s'inscrire dans la même logique que celui effectué par le juge de droit commun. Alors que ce dernier véhicule la logique européenne, celui de la juridiction constitutionnelle porte celle de la Constitution. C'est dans le cadre du contrôle de constitutionnalité que celui-ci est opéré. Cela signifie que la Cour constitutionnelle ne l'actionnera que si celui-ci l'exige⁶¹. La Haute instance pourrait également ne pas saisir la Cour de justice si elle estime que la norme de l'UE contrevient aux principes fondamentaux du texte constitutionnel, laissant vivre alors, dans le système interne qu'elle veut « autonome », une norme nationale contraire au droit de l'UE.

Dans le même ordre d'idée d'ailleurs, il convient de relever que dans le cadre de la résolution des conflits entre les deux ordres par le juge de droit commun, la norme interne incompatible avec le droit de l'UE ne fait pas véritablement l'objet d'une « désapplication » au sens où elle serait considérée comme altérée. Elle n'est simplement pas appliquée, demeurant en vigueur dans l'ordre juridique interne. Cela signifie que si le droit de l'UE n'était plus, elle serait de nouveau applicable⁶².

La proximité organisée entre les deux systèmes repose ainsi sur le postulat d'une distinction fondamentale. Cette analyse est d'ailleurs corroborée par l'ordre de traitement de ce que l'on appelle les questions de constitutionnalité complexes. Il s'agit ici de questions dont la Cour constitutionnelle est saisie, par voie d'action, à propos des lois régionales et qui comportent à la fois un problème constitutionnel purement interne lié à la répartition des compétences entre l'État et la Région et un problème de compatibilité de la loi régionale au droit de l'Union européenne. Si dans un premier temps, la juridiction constitutionnelle n'a pas opté pour une chronologie d'examen bien définie⁶³, elle a, pour la première fois en 2008⁶⁴, puis de manière constante à partir de 2010⁶⁵, opté pour une priorité à la question constitutionnelle purement interne. Encore récemment a-t-elle, à nouveau, réitéré sa position, dans un arrêt n° 245 de 2013⁶⁶, attestant de l'automaticité d'une telle priorité et conduisant, dans la plupart des cas à considérer comme absorbée la question de compatibilité avec le droit de l'UE, une fois résolue la question de la constitutionnalité de la loi régionale.

⁶¹ En particulier, elle pourra invoquer la théorie de l'acte clair pour ne pas renvoyer (en ce sens, voir l'arrêt n° 28 de 2010).

⁶² En ce sens, L. Pesole, *op. cit.*, p. 4.

⁶³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 406 du 3 novembre 2005, *G.U.* du 9 novembre 2005.

⁶⁴ Voir en particulier l'arrêt n° 368 de 2008. Pour une explication de l'évolution jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle : A. O. COZZI, « La legge 'salva Tocai' davanti alla Corte costituzionale : 'i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario' non scattano, ma i parametri si integrano », <http://www.forumcostituzionale.it/>, 2009.

⁶⁵ Cour constitutionnelle, arrêts n° 120 du 26 mars 2010, *G.U.* du 31 mars 2010 et n° 127 du 8 avril 2010, *G. U.* du 14 avril 2010.

⁶⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 245 du 24 octobre 2013, *G.U.* du 30 octobre 2013.

Certains auteurs ont donc considéré qu'il s'agissait-là d'une rigidification de la position jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle. Si l'on peut abonder dans ce sens du point de vue de la rigueur du ton employé, il convient pour le reste d'avancer plutôt la thèse de la clarification. Encore une fois, cette jurisprudence corrobore avec plus de lisibilité qu'avant 2008, le maintien d'une séparation entre les systèmes juridiques italien et de l'UE. Si la Cour constitutionnelle avait traité d'abord la question de compatibilité de la loi régionale avec le droit de l'UE (ou si l'ordre de traitement n'avait pas été clairement défini), cela aurait créé une ambiguïté sur les rapports entre les ordres juridiques. En effet, l'on aurait pu comprendre que le droit de l'UE pouvait désormais avoir une incidence sur la répartition constitutionnelle des compétences ce qui n'est pas admissible dans la configuration des systèmes initiée par la Haute instance.

En d'autres termes, comme le souligne le professeur Ruggeri, le respect de la Constitution est maintenu « séparé du respect du traité européen de la même manière que le respect du droit international général »⁶⁷, parce que tout aussi intégré soit-il le traité européen demeure une source « étrangère au système des sources internes » (arrêt n° 170 de 1984).

Sans être une illusion, la proximité de l'ordre juridique de l'Union européenne avec l'ordre juridique interne est pondérée afin de ménager le respect, par l'Italie, des obligations issues des traités tout en se garantissant une marge d'ajustement. En revanche, la juridiction constitutionnelle permute les perspectives pour placer le système conventionnel dans une logique opposée au système de l'UE.

B – L'union dans la différence avec le système CEDH

Contrairement au système de l'UE, le système CEDH est donc, avant tout, envisagé dans une logique d'extranéité par rapport au système interne. Pour la Cour constitutionnelle italienne, le système interne est matériellement et formellement différent du système CEDH, tous deux obéissant à des logiques parallèles qui n'ont donc pas vocation à se rencontrer et surtout pas dans l'ordre juridique interne. Le dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme (bien que non formalisé par ailleurs) est d'emblée exclu par la juridiction constitutionnelle qui entend gérer, au regard de ses propres contraintes internes, la réception de la norme conventionnelle.

Cette norme conventionnelle reste donc avant tout une « norme de l'extérieur » qui ne sera jamais totalement à sa place dans le système interne et qui pourra d'ailleurs en être évincée par la Cour constitutionnelle elle-même. Dans ses arrêts nn° 348 et 349 de 2007, la juridiction constitutionnelle consacrait à son égard la théorie de la « double limite élargie » conduisant à contrôler l'adéquation de cette dernière à l'encontre de l'ensemble du texte

⁶⁷ A. RUGGERI, « A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di 'comunitarietà' congiuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. n° 245 del 2013) », *Giurcost, studi*, 2013, <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>, pp. 2-3.

constitutionnel avec la conséquence ultime de pouvoir, en cas d'incompabilité, l'« extraire » du système interne italien.

Par la suite, elle a expressément confirmé sa position dans son arrêt n° 113 du 7 avril 2011 en faisant valoir que si « elle ne peut pas statuer sur l'interprétation de la CEDH par la Cour européenne, [elle] reste légitime à vérifier si la norme de la Convention (...) se pose éventuellement en conflit avec d'autres normes de la Constitution : hypothèse dans laquelle devra être exclue la capacité de la norme conventionnelle à compléter le paramètre constitutionnel ».

Ce qui avait été annoncé a donc finalement eu lieu à l'occasion d'un arrêt n° 230 de 2012⁶⁸. En l'espèce, la juridiction constitutionnelle était saisie d'un litige mettant en cause la constitutionnalité de l'article 673 du Code de procédure pénale en ce qu'il ne prévoirait pas, parmi les hypothèses de révocation des arrêts de condamnation, le « revirement de jurisprudence ». Il y aurait donc contradiction avec l'article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution lu en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour européenne qui englobe dans la notion de « légalité » en matière pénale les normes issues du Parlement mais aussi celles issues de la jurisprudence.

Or, pour la Cour constitutionnelle, cette lecture matérielle et non formelle du concept de légalité pénale issue de la jurisprudence européenne ne saurait être valablement accueillie dans le système interne. Cela reviendrait à amoindrir le niveau de protection des droits fondamentaux. En effet, l'interprétation de la Cour de Strasbourg est moins protectrice que la Constitution italienne dans la mesure où elle méconnaît le principe de la réserve de loi. Or, un tel principe est une garantie majeure des droits fondamentaux puisqu'il réserve la production normative en matière pénale à « l'institution qui constitue la plus grande expression de la représentativité politique, à savoir le Parlement, élu au suffrage universel par l'entière collectivité nationale ». De surcroît, le renvoi à cette notion européenne de « légalité pénale » conduirait à introduire une conception de *common law* (propre au système de la Convention) dans un système interne de *civil law*.

Comme le souligne alors le juge constitutionnel, si les normes conventionnelles ont vocation à être réceptionnées en droit interne, c'est dans la limite où celles-ci n'entrent pas « en conflit avec d'autres dispositions constitutionnelles » et par voie d'extension avec le système dans son ensemble. La juridiction constitutionnelle conserve ainsi « une marge d'appréciation et d'ajustement » lui permettant de « tenir compte de la particularité de l'ordre juridique dans lequel l'interprétation de la Cour européenne est destinée à s'insérer »⁶⁹. C'est la raison pour laquelle, la Cour constitutionnelle a estimé devoir extraire l'interprétation européenne en cause du système national.

En procédant de la sorte, la Haute instance a donc matérialisée « physiquement » l'extranéité des deux systèmes, laissant en vigueur une disposition législative considérée comme conforme au système interne, les paramètres liés à l'« autre système » ayant été évincés du champ du contrôle national de constitutionnalité.

⁶⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 230 du 8 octobre 2012, *Gazzetta Ufficiale*, 17 octobre 2012.

⁶⁹ Dans le même sens, voir également les arrêts n° 311 du 26 novembre 2009 (*G.U.*, du 2 décembre 2009), n° 236 du 22 juillet 2011 (*G.U.*, du 27 juillet 2011), n° 303 du 16 novembre 2011, (*G.U.* du 16 novembre 2011).

Toujours à propos de la matérialisation de la séparation entre les deux systèmes, la Cour constitutionnelle a, dans un arrêt n° 264 de 2012⁷⁰, été saisie de la constitutionnalité de l'article 1^{er} de la loi de finances pour 2007 relatif au calcul de la retraite des travailleurs italiens ayant exercé une activité professionnelle à l'étranger. Celui-ci prévoyait, pour évaluer le montant de la retraite de ces derniers, un système de péréquation financière destiné à harmoniser leur situation avec celle des travailleurs en Italie. Dans son arrêt *Maggio et autres c. Italie* du 31 mai 2011⁷¹, la Cour européenne des droits de l'homme s'était expressément prononcée sur l'inconventionnalité de ce dispositif, condamnant l'État italien pour violation de l'article 6§1 de la Convention.

A priori, la disposition législative en cause risquait dès lors une censure de la part du juge constitutionnel pour contrariété à l'article 117, alinéa 1^{er}, lu en combinaison avec la jurisprudence européenne précitée. Or, tel n'a pas été le cas. La Cour constitutionnelle a, effet, fait valoir que le juge de Strasbourg n'avait examiné la loi qu'au regard du droit à un procès équitable pour condamner l'État italien. Cependant, il convenait, ici, de l'envisager dans une optique élargie à l'ensemble du système national. En particulier, il lui appartenait de prendre en considération la rationalité globale du mécanisme de prévoyance afin d'éviter les disparités de traitement et de s'inscrire dans la logique économique et sociale du pays (auquel fait notamment référence l'article 81 de la Constitution qui exige une adéquation entre les ressources et les dépenses).

C'est la raison pour laquelle, la juridiction constitutionnelle a confirmé la constitutionnalité de cette disposition sans pour autant nier son inconventionnalité. Simplement, cette divergence d'appréciation sur la norme nationale attaquée provient, explique-t-elle dans l'arrêt, de la différence substantielle existant entre la fonction de la juridiction constitutionnelle dans son système interne et la fonction exercée par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de la Convention. En effet, alors que cette dernière n'est « tenue de protéger que de manière partielle, au regard des seuls droits, les différentes valeurs en jeu », la Cour constitutionnelle est en charge d'« opérer une évaluation systémique, et non isolée, des valeurs incluses dans la norme ».

Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle a confirmé sa position dans un arrêt n° 170 de 2013, au sein duquel, on peut lire que « l'appréciation de la constitutionnalité doit être effectuée au regard du système, et non des simples normes, isolément considérées, dans la mesure où une interprétation fragmentée des dispositions normatives (...) risque de conduire, dans de nombreux cas, à des résultats paradoxaux qui finiraient par contredire la propre finalité de leur protection »⁷².

Dans ses rapports avec le système de Strasbourg, la seule voix audible, en droit interne, ne peut donc être que celle de la Cour constitutionnelle elle-même. Pour autant, il peut arriver que les murs aient des oreilles.

⁷⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 264 du 19 novembre 2012, *Gazzetta Ufficiale*, 5 décembre 2012.

⁷¹ Cour EDH, arrêt du 31 mai 2011, *Maggio et autres c. Italie*, nn° 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 et 56001/08.

⁷² Voir également, arrêt n° 1 de 2013.

C'est ce que la juridiction constitutionnelle a semblé entériner par ses arrêts n° 311 et 317 de 2009⁷³ en consacrant l'existence d'une complémentarité des systèmes de protection constitutionnelle et conventionnelle. Même si elle atténuera quelque peu, au travers de son arrêt n° 80 de 2011, un trait d'union est tracé entre les deux systèmes. Ainsi, lorsque le niveau conventionnel peut apporter « une plus-value » conceptuelle au niveau constitutionnel, la juridiction constitutionnelle entend leur faire produire des effets conjugués. Cela a été confirmé dans un arrêt n° 170 de 2013⁷⁴ dans lequel la Cour constitutionnelle affirme que l'objectif est d'assurer « la plus grande expansion des garanties de tous les droits et principes pertinents, qu'ils soient constitutionnels ou supranationaux, considérés dans leur ensemble, qui se trouvent toujours dans un rapport d'intégration réciproque ». Dans un arrêt n° 202 de 2013⁷⁵, elle a considéré qu'en matière de situation des étrangers et de leur famille, « l'article 8 de la CEDH, tel qu'appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, exprime un niveau de protection des rapports familiaux *équivalent* » à ce qui est garanti par la Constitution au travers de sa jurisprudence.

Dans son ordonnance n° 150 de 2012⁷⁶, la Cour constitutionnelle a également montré qu'elle pouvait être à l'écoute, durant son propre procès, des revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En l'espèce, elle était saisie par trois *judges a quo* (Florence, Catane et Milan) de la constitutionnalité de la loi relative procréation médicalement assistée en ce qu'elle ne permettrait pas le don hétérogène de gamètes. Selon les juges de renvoi, cette interdiction serait ainsi contraire à l'article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution lu en combinaison avec les articles 8 et 14 de la CEDH tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme. Ils faisaient ainsi mention de son arrêt *SH et autres c. Autriche* en date du 1^{er} avril 2010, prononçant l'inconventionnalité de dispositions similaires du droit autrichien. Cependant, postérieurement à la saisine de la juridiction constitutionnelle, le juge de Strasbourg a fait évoluer sa position en la matière considérant, dans un arrêt du 3 novembre 2011⁷⁷, qu'une telle interdiction ne contrevenait pas aux exigences conventionnelles dans la mesure où il fallait ménager, en la matière, une marge d'appréciation en faveur des États.

La Cour constitutionnelle a dès lors choisi d'arrêter son procès et de restituer les actes aux juges de renvoi afin qu'ils puissent prendre en considération ce nouveau paramètre jurisprudentiel et apprécier, à nouveau, l'opportunité d'une question de constitutionnalité à son endroit. Ce faisant, comme cela a été souligné par la doctrine, la Haute instance a

⁷³ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 311 du 16 novembre 2009, *Gazzetta Ufficiale* du 2 décembre 2009 ; Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 317 du 30 novembre 2009, *Gazzetta Ufficiale* du 9 décembre 2009. Pour un commentaire, voir, 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 ? », *Quaderni costituzionali*, 16 décembre 2009, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>

⁷⁴ Cour constitutionnelle, arrêt n° 170 du 4 juillet 2013, *G.U.* du 10 juillet 2013.

⁷⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 202 du 18 juillet 2013, *G.U.* du 24 juillet 2013.

⁷⁶ Cour constitutionnelle, ordonnance n° 150 du 22 mai 2012, *Gazzetta Ufficiale*, 13 juin 2012.

⁷⁷ Cour EDH, Grande Chambre, arrêt du 3 novembre 2011, *S.H et autres c. Autriche*, Req. n° 57813/00.

consacré une « priorité conventionnelle »⁷⁸, choisissant de laisser en suspens (au risque de ne plus être saisie de nouveau sur la question) les autres paramètres, purement internes, de constitutionnalité qui auraient pu suffire à épuiser le contentieux porté devant elle.

La juridiction constitutionnelle a donc permis que l'évènement conventionnel, ce « novum » comme elle l'appelle, viennent, au sein du système interne, remettre en cause le cours de son procès, un peu à la manière de ce qu'elle admet pour le droit de l'Union européenne lorsqu'elle évoque, en cas de survenance d'un arrêt de la Cour de justice, un *jus superveniens*⁷⁹.

Si les terminologies diffèrent, il est manifeste que les conséquences sont analogues. Ici, le système de la Convention vient s'unir, le temps d'un procès devant le juge constitutionnel, à l'ordre juridique interne tout comme peut le faire le système de l'Union européenne.

Les systèmes externes étudiés sont ainsi placés, vis-à-vis de l'ordre interne italien, dans des logiques contraires. Mais ce double discours finit par se muer en un double langage dans la mesure où les paramètres choisis apparaissent dans une symétrie tellement parfaite qu'ils finissent par se fondre l'un dans l'autre à l'image du pictogramme inversé d'une carte à jouer. Indissolublement liés, les différences s'amenuisent pour amplifier les correspondances.

Le système italien ne serait donc pas si étanche au droit de la Convention européenne des droits de l'homme mais pas aussi proche de l'ordre juridique de l'UE. Soufflant le chaud et le froid tant à l'égard de l'un que de l'autre, la distanciation prédomine même si elle est parfois revêtue de l'habit d'une jurisprudence plus ou moins accueillante. A se demander, en conséquence, si cette resystémation n'est pas, pour la Cour constitutionnelle italienne, une manière de refaire de l'antisystème sans le dire.

F. JACQUELOT,
Maître de conférences-HDR
Faculté de droit de Saint-Etienne
CERCRID CNRS/UMR 5137

⁷⁸ En ce sens, voir, A. MORRONE, « *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale* », *Forum di quaderni costituzionali*, 2012.

⁷⁹ Voir, notamment, Cour constitutionnelle, ordonnance n° 62 de 2003 et arrêt n° 124 de 2004.