

Liber Amicorum Jean-Claude Escarras

La communicabilité entre les systèmes juridiques

Etudes coordonnées par
Maryse BAUDREZ et Thierry DI MANNO

Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras
UMR-CNRS 6201 – GDR de droit comparé n° 1199
Université du Sud Toulon-Var

*Ouvrage publié grâce au soutien du Conseil Régional
Provence-Alpes-Côte d'Azur, du Conseil Général du Var,
de l'Université du Sud Toulon-Var et
de la Faculté de droit de Toulon*

EXTRAIT

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 5

LA CHARTE DE NICE, SES JUGES ET L'ISOLEMENT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE (1)(2)

PAR

MARTA CARTABIA

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE VÉRONE

1. — LA PERSPECTIVE : UN AVENIR À COURT TERME

L'approbation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose la question de *l'avenir des Cours constitutionnelles dans leur fonction de «juridictions constitutionnelles des libertés»*, pour emprunter la célèbre et heureuse expression de Mauro Cappelletti (3).

Il s'agit ici bien sûr de prospective étant donné que, jusqu'à aujourd'hui, la Charte n'a pas produit d'effets significatifs – et elle ne pouvait évidemment pas le faire – sur la jurisprudence des Cours constitutionnelles nationales dans le domaine des droits fondamentaux. Les références à la Charte que l'on peut trouver dans certaines décisions, y compris dans celles de la Cour constitutionnelle italienne (4), qui n'ont certainement pas échappé à l'attention des commentateurs (5), ne constituent jamais le *rationes decidendi* des décisions et elles ne conditionnent pas l'exposé de leurs motifs. Ce sont des phénomènes qui se situent sur le plan rhétorique et dont le mérite est de témoigner du fait que l'événement que constitue «l'écriture» (6) des droits européens est accueilli favorablement par les juges nationaux.

(1) La présente contribution reprend le texte de la communication faite à Messine le 4 octobre 2002, au cours de la Journée Italo-Espagnole de Justice constitutionnelle sur «La Charte européenne des droits et réflexions sur la justice et la jurisprudence constitutionnelle : Italie et Espagne face à face». Le texte conserve le style immédiat et synthétique de la forme orale.

(2) Traduction de Karine ROUDIER, Allocataire-moniteur à la Faculté de droit de l'Université du Sud Toulon-Var, membre du *Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras*, UMR-CNRS 6201-GDR de droit comparé n° 1199.

(3) M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milan, 1955.

(4) Voir les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 135 et 445 de 2002.

(5) Pour un tableau synthétique des renvois jurisprudentiels à la Charte des droits, aussi bien de la part des juges européens que de la part des Cours nationales, voir M.V. FERRONI, E. MARCHISIO, «La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti», *Quad. cost.* n° 3 de 2002, p. 672 et s.

(6) Pour reprendre, en le paraphrasant, C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologne, Il Mulino, 2002.

Le scénario sera peut être différent lorsque la Charte aura force normative : dès lors, les Cours constitutionnelles nationales pourraient être appelées à se prononcer dans le domaine des droits fondamentaux sur la base de paramètres de jugement qui ont fait l'objet de modifications ou qui ont été complétés. Les Cours constitutionnelles pourraient aussi devoir rendre des décisions sur le fondement de nouveaux éléments interprétatifs. Enfin, le domaine de compétences des Cours en matière de protection des droits fondamentaux pourraient être, en tout ou partie, partagé avec d'autres autorités juridictionnelles.

Étant donnée l'importance des problèmes qui se profilent à l'horizon – un horizon qui n'est plus très éloigné –, une réflexion sur l'impact que la Charte pourrait avoir sur les Cours constitutionnelles nationales ne semble pas prématurée. Les premières conclusions rendues par le groupe de travail de la Convention de Laeken, qui a pour objet l'«Intégration de la Charte et (l')adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme» (7), laissent entrevoir un large accord sur le fait d'attribuer des effets juridiques contraignants et un *status* constitutionnel à la Charte de Nice, ce qui renvoie les doutes et les divergences d'opinions sur les choix relatifs aux modalités d'annexion de la Charte aux textes des traités ou, éventuellement, à la Constitution européenne. Tout porte ainsi à croire que dans de brefs délais, la Charte sera dotée de la même valeur normative que celle dont jouissent les traités et que cette reconnaissance aura vraisemblablement des retombées importantes sur les systèmes nationaux de justice constitutionnelle. Il semble donc nécessaire de tenter d'identifier quelques unes de ces retombées, afin de ne pas être pris au dépourvu par un événement d'une telle portée.

2. – LE POINT DE DÉPART :

LES DROITS FONDAMENTAUX, LA COUR CONSTITUTIONNELLE ET LES COURS EUROPÉENNES AUJOURD'HUI

En guise d'introduction et afin de poser les bases du raisonnement suivi, il nous semble utile de rappeler que, dans le modèle européen, les Cours

(7) Rapport final du Groupe II – Intégration de la Charte/adhésion à la C.E.D.H., 22 octobre 2002, Conv. 354/02. Après avoir affirmé que «tous les membres du groupe ont exprimé une position d'approbation quant à l'incorporation de la Charte selon les modalités qui confèrent à cette dernière un caractère juridiquement contraignant et un *status* constitutionnel», le Groupe propose au *plenum* de la Convention trois options différentes pour atteindre l'objectif fixé : a. insertion du texte des articles de la Charte au début du traité constitutionnel dans un titre ou un chapitre du traité; b. insertion d'une référence à la Charte dans un article du traité constitutionnel, à compléter en joignant l'actuel texte de la Charte dans un protocole du traité; c. se limiter à une référence indirecte à la Charte, qui accorderait à cette dernière des effets juridiques, sans toutefois l'élever au rang constitutionnel. Les mêmes options sont reprises en grande partie par le projet de Constitution élaboré par le *Presidium* de la Convention, 28 octobre 2002, Conv. 369/02, en particulier art. 6.

constitutionnelles assurent un rôle majeur dans la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, sans toutefois être investies de manière exclusive de la fonction de garantie de ces droits.

Dans la plupart des cas, les Cours constitutionnelles européennes ont été conçues comme les compléments d'un système juridictionnel déjà très évolué, étant donné que leur création devait pallier l'absence de protection des individus vis-à-vis de la loi parlementaire dont souffraient les modèles juridictionnels continentaux de l'État de droit libéral, qui ne permettait à aucune autorité judiciaire de contrôler la constitutionnalité des lois. Jusqu'à aujourd'hui, dans la plupart des ordonnancements juridiques, c'est uniquement à l'encontre des atteintes portées *par la loi* aux droits fondamentaux que les Cours constitutionnelles ont assuré et assurent encore une fonction exclusive et irremplaçable. Personne n'a d'ailleurs jamais mis en doute le fait que c'est aux juges ordinaires qu'il revenait d'assurer la protection des droits à l'égard, par exemple, des activités de l'administration publique, des décisions juridictionnelles, des activités des autres personnes juridiques (individus, sociétés commerciales, associations sans but lucratif, partis politiques ou « autres sujets du pluralisme social » (8)). Même dans les pays où des voies d'accès spécifiques et privilégiées sont prévues pour la protection des droits fondamentaux – on pense ici aux recours directs mis en place, par exemple, en Espagne et en Allemagne –, la Cour constitutionnelle ne détient pas le monopole de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

En outre, il ne faut pas oublier qu'au moment où apparaissaient en Europe les juges des lois, on inaugurait en même temps la phase d'internationalisation des garanties des droits, qui sur le vieux continent trouvaient leur plus grande expression dans le système de la Convention de Rome de 1950, lequel devait être présidé par la Cour de Strasbourg. Ce système de garanties internationales des droits fondamentaux a été amélioré par les réformes des années 1990, lesquelles ont grandement accru l'importance de la protection juridictionnelle à l'initiative des particuliers. Ainsi, après la Seconde Guerre mondiale et alors que la justice constitutionnelle naissait en Europe, on ouvrait la voie de la protection internationale des droits des individus contre les autorités étatiques, qui constitue un instrument essentiel pour sanctionner les manifestations,

(8) N.d.T. 1, en italien «altri soggetti del pluralismo sociale». Cette expression utilisée par l'auteur découle de la formule de l'article 2 de la Constitution italienne aux termes duquel «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 absolus de solidarité politique, économique et sociale» (les italiques sont de nous). La rédaction de l'article 2 est inspirée par les valeurs du personnalisme et du pluralisme. La personne humaine est donc placée au centre des préoccupations de la Constitution et elle est protégée par le texte dans toutes les activités qui constituent des expressions de sa personnalité.

microscopiques ou macroscopiques, des violations des droits de l'homme commises par les pouvoirs publics.

Le point de départ de notre réflexion repose donc sur le constat qu'aujourd'hui les Cours constitutionnelles nationales n'agissent pas en situation de monopole en matière de protection des droits fondamentaux.

Cela dit, en Italie comme à l'étranger, il est néanmoins vrai qu'en matière de droits fondamentaux la Cour constitutionnelle n'a jamais été un simple juge parmi les autres. Dans ce domaine, la justice constitutionnelle a toujours bénéficié d'une autorité particulière. Cette situation s'explique en partie par la position de «verrou» que le juge des lois assure dans le système des garanties juridictionnelles nationales, qui confère à sa jurisprudence une autorité particulière dans l'ordonnement juridique. Mais c'est surtout son rôle de «gardien de la Constitution» qui confère à la Cour un «caractère sacré» particulier, et cela spécialement quand elle agit en garantie des droits fondamentaux (9) : l'autorité spéciale de la jurisprudence constitutionnelle dans le domaine des droits fondamentaux découle essentiellement du fait que la Cour joue un rôle d'interprète privilégié de la Constitution, en tant que *Hüter der Verfassung*.

En d'autres termes, la fonction spéciale de la Cour constitutionnelle – juridiction constitutionnelle des libertés – repose sur la théorie du constitutionnalisme moderne selon laquelle la garantie des droits réside avant tout dans la Constitution nationale. Les Cours constitutionnelles nationales sont les gardiens privilégiés des droits fondamentaux tant que les droits sont inscrits dans les Constitutions nationales. Et elles en resteront les gardiens tant que ces droits y seront inscrits.

Mais c'est justement cette théorie qui commence à vaciller. Le parallèle qui existe entre Constitution et garantie des droits fondamentaux subit des attaques de plusieurs points de vues, et ceci notamment face à un mouvement qui consiste à doter chaque niveau de gouvernement de ses propres garanties et de ses propres droits. La vertu unificatrice des déclarations de droits, en tant que tables de valeurs qui constituent une limite pour tout sujet doté de pouvoir public et en tant que source d'inspiration et d'orientation des actions publiques, pourrait perdre de l'importance face à la multiplication des «Chartes» et des déclarations de droits. Au niveau international, la Convention européenne n'est certes pas restée isolée. Au contraire, elle a été accompagnée par de nombreux autres instruments (10) destinés à renforcer les exigences universalistes des droits de l'homme, pour en revanche garantir un noyau fondamental à tous les êtres humains. Moins évi-

(9) J.H.H. WEILER, «Diritti umani, costituzionalismo e integrazione : iconografia e feticismo», *Quad. Cost.*, 2002, p. 521 et s.

(10) Voir le beau volume de M. COMBA (dir.), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Turin, 2002.

dente et peut-être moins justifiée, est la tentation de doter aussi les niveaux de Gouvernement infra étatiques de leur propre Charte des droits.

Dans ce mouvement de multiplication des déclarations de droits, la Charte européenne de Nice destinée à bénéficier de toute la force qui caractérise les normes communautaires dans les ordonnancements nationaux, se présente comme un point particulièrement crucial de la construction fondée sur les rapports entre Constitution, protection des droits et fonctions des Cours constitutionnelles. Elle pourrait d'ailleurs remettre en question les équilibres actuels. Pour ces raisons, il ne semble pas inopportun de se demander si la Charte de Nice et éventuellement la Constitution européenne, sont capables d'éroder les espaces et les compétences des Cours constitutionnelles nationales.

En résumé, la thèse que nous entendons soutenir dans ces quelques pages est la suivante : la Charte des droits ne provoque pas par elle-même une « crise » des Cours constitutionnelles européennes en tant que juridictions constitutionnelles des libertés, et elle ne transfère pas à d'autres autorités juridictionnelles les compétences qui leur appartiennent. Toutefois, la Charte exige que les Cours constitutionnelles nationales se placent dans une nouvelle perspective et elle les oblige à se repositionner dans leurs relations avec les autres juges, européens et nationaux, afin de conserver un rôle stable dans la sauvegarde des droits fondamentaux. Dans cette optique, il convient de rappeler quelques solutions jurisprudentielles, afin d'éviter que les Cours constitutionnelles ne se retrouvent prisonnières de l'isolement vers lequel elles sont en train de se diriger. Ce chemin les conduit vers un espace constitutionnel où le droit européen est absent. Ceci est un risque qu'il faut, selon nous, éviter.

3. - L'INCIDENCE FORMELLE DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

D'un point de vue formel, la Charte ne favorise pas la réduction des compétences des Cours constitutionnelles dans le domaine de la protection des droits fondamentaux de portée européenne et par conséquent ne provoque en elle-même aucune crise de justice constitutionnelle nationale. Les transformations les plus importantes sont déjà survenues, depuis longtemps. À l'instar de toutes les autres Cours nationales, la Cour constitutionnelle italienne a perdu en la matière du terrain en faveur de la Cour de justice des Communautés européennes à partir du moment où s'est développée la protection juridictionnelles de ces droits par la Cour de Luxembourg.

Contrairement au tournant historique des années 1960, la Charte de Nice ajoute peu d'éléments, du moins du point de vue de son efficacité formelle.

Cependant, elle tend à l'achèvement et elle explicite un processus entamé il y a longtemps, alors que certaines Cours constitutionnelles nationales – parmi lesquelles, en première ligne, se trouvent les Cours italienne et allemande – se sont tournées avec insistance vers la Cour de justice, afin de demander le développement d'un mécanisme de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire. Ainsi, les Cours nationales ont renoncé à revendiquer une compétence de juge des droits fondamentaux envers les actes communautaires et à l'encontre des institutions européennes. En revanche, elles ont stimulé le développement d'un système de solutions juridictionnelles spécifiques à l'ordonnancement européen. À partir des années 1960, la Cour de justice a développé une protection spécifique des droits fondamentaux destinée principalement aux institutions communautaires. Mais cette protection contraint aussi les États membres lorsqu'ils agissent en application du droit de l'Union (en vertu de la doctrine de *l'incorporation*).

La révolution remonte à cette époque. Le reste – de l'insertion de l'article 6 T.U.E avec la révision de Maastricht, à la Charte des droits – n'a pas été autre chose qu'une évolution cohérente de cette décision initiale. Dès lors, deux systèmes parallèles de protection des droits se sont développés, selon une division claire des rôles et des compétences : deux Chartes, deux Cours, deux catégories de destinataires, avec un important champ d'interactivité (11).

Ainsi, même si la Charte de Nice devenait juridiquement contraignante ou si elle acquérait un *status* constitutionnel, elle n'opérerait pas de transformation radicale. Il faut se souvenir que la Charte a un champ d'application défini par l'article 51, en correspondance substantielle avec la situation actuelle, établie par voie jurisprudentielle par la Cour de justice selon la doctrine de *l'incorporation* (12). La Charte s'adresse aux institutions européennes. En revanche, les institutions nationales ne sont destinataires des préceptes de la Charte que dans les cas où elles agissent en application du droit européen, en qualité de branche opérationnelle de l'ordonnancement européen, comme si elles étaient, dans ce contexte, des institutions européennes.

(11) Nous nous permettons de renvoyer, pour de plus amples développements de ces considérations, à notre intervention «The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: the European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue», en cours de publication in R. TONIATTI (ed), *The Multilevel Protection of Fundamental Rights: Lessons from Canada*.

(12) Voir, par exemple, les arrêts du 11 juillet 1985, 60 et 61/84, *Cinéthèque*; du 13 juillet 1989, 5/88 *Wachauf*; du 18 juin 1991, 260/89, *ERT*; du 8 avril 1992, 62/90, *Commission c/ Allemagne*; du 1^{er} février 1996, 177/94, *Perfili*; du 19 mai 1997, C-299/95, *Kremzov*; du 26 juin 1997, C-368/95, *Familiapress*; du 18 décembre 1997, C-309/96, *Annibaldi*; du 13 avril 2000, C-292/98, *Karlsson*. Pour une analyse complète des cas dans lesquels les droits fondamentaux européens s'appliquent aux institutions nationales sur la base du principe de l'incorporation, voir notamment J. TEMPLE LANG, «The Sphere in Which the Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles», in *Legal Issues on European Integration*, 1991/2, p. 23 et s.

Du reste la Charte a été écrite dans le but de codifier le droit jurisprudentiel existant (13). Si quelques innovations – même de faible importance – dans la protection des droits fondamentaux ont été inévitables, un changement radical, notamment au niveau du domaine d'application, n'aurait pas été accepté.

Tout bien considéré, ce qui était, avant la Charte, de la compétence de la Cour constitutionnelle nationale en matière de protection des droits fondamentaux, devrait aujourd'hui le rester, y compris lorsque la question des effets juridiques de la Charte sera résolue.

Tout cela est exact uniquement d'un point de vue juridico-formel, c'est-à-dire d'un point de vue qui est centré sur l'efficacité de la Charte et sur son domaine d'application tels qu'ils sont définis par les clauses finales. Cette interprétation textuelle ne prend cependant pas en considération certains facteurs, qui pourraient favoriser la position de la Cour de justice et des juges ordinaires nationaux, au détriment de celle de la Cour constitutionnelle.

4. – LA COUR DE JUSTICE, JUGE CONSTITUTIONNEL

Tout le monde sait que la Cour de justice n'est pas une Cour constitutionnelle. Mais, elle assure néanmoins certaines fonctions similaires à celles des juges constitutionnels (14) et ceci particulièrement lorsqu'elle se prononce sur les recours en annulation des actes des institutions communautaires pour violation des principes supérieurs non écrits (y compris les droits fondamentaux). De certains points de vues et dans certaines hypothèses, le champ des compétences de la Cour de justice peut donc empiéter sur celui des Cours constitutionnelles nationales et, éventuellement, se trouver en totale contradiction avec elles.

L'histoire des droits fondamentaux en Europe ne manque pas d'exemples de conflits constitutionnels, explicites ou latents, entre la Cour de Luxembourg et les Cours nationales. Qui ne se souvient pas de l'affaire *Grogan* de

(13) L'interprétation de L. Besselink qui souligne l'étendue différente de la doctrine de l'incorporation dans la jurisprudence antérieure à la formulation de la Charte est différente («The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 68 et s., et 79). Sur les relations entre le principe de l'incorporation tel qu'il est formulé par la Cour de justice et tel qu'il est formulé dans la Charte, voir les réflexions de R. ALONSO GARCIA, «Le clause orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 1 et s., et 4 et s.

(14) Y compris ceux qui expriment une position ferme contraire à l'assimilation de la Cour de justice à une Cour constitutionnelle ne nient pas que certaines compétences du juge européen appartiennent à la catégorie du contentieux constitutionnel. Sur ce point, voir L. FAVOREU, «Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles», in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 37-38.

1991 (15) à propos de l'avortement, dans laquelle on a évité de justesse un conflit direct entre la Constitution et les juges irlandais, d'une part, et le droit communautaire, d'autre part, garanti et interprété par la Cour de justice? Ou, plus récemment, qui n'a pas en mémoire l'affaire *Tanjia Kreil* (16), dans laquelle la Cour de justice, par une décision sur l'égalité des sexes, a conduit à la modification d'un article de la Loi fondamentale allemande? Au-delà de toute autre considération, ces exemples de conflits constitutionnels entre ordonnancements attestent d'une éventuelle compétition et concurrence entre les Cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice de Luxembourg.

Jusqu'à aujourd'hui, la tension entre les Cours n'a jamais atteint des degrés aux conséquences irrémédiables. Tous les cas de conflits potentiels ont été résolus de manière pacifique. La preuve en est que les Cours constitutionnelles n'ont jamais mis en œuvre l'arme de défense la plus importante dont elles disposent à l'encontre de l'ordonnement européen que constitue la doctrine des «contre limites» (17) ou bien les réserves analogues qui déterminent les conditions de la constitutionnalité de l'obligation communautaire, parmi lesquelles on trouve toujours le respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par les Constitutions internes.

Parmi les nombreuses raisons qui ont laissé sur le papier la doctrine des «contre limites» – «un tigre de papier», selon la définition du Doyen Favoreu (18) d'une grande acuité – se détache le fait que, jusqu'à aujourd'hui, ou plutôt jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte de Nice, la Cour de justice s'est toujours prononcée sur les droits fondamentaux dans des contextes que l'on ne peut pas comparer avec ceux dans lesquels les Cours constitutionnelles se prononcent. Les questions les plus délicates relatives à la protection des droits fondamentaux ont été portées devant la Cour de justice sous un angle strictement économique: l'avortement est abordé en tant qu'objet d'une activité protégée par la liberté de circulation des services; de même le problème de la prostitution (19) s'est présenté comme une vicissitude relative à la prestation d'un travail autonome, et ainsi de suite.

Si, d'un point de vue, ces circonstances ont contraint le juge européen à rejeter les questions qui impliquent des choix culturels, éthiques et politi-

(15) Arrêt du 4 octobre 1991, 159/90, *Grogan*.

(16) Arrêt du 11 janvier 2000, 285/98, *Tanjia Kreil*, sur ce point et sur la révision constitutionnelle postérieure, voir S. NINATTI, «Le donne e il servizio di leva in Germania», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 240 et s.

(17) Nous ne souhaitons pas nous attarder sur ce point et nous renvoyons aux considérations développées par A. Celotto dans sa communication aux présents actes.

(18) Le Doyen L. Favoreu s'est exprimé ainsi à propos des «contre limites» au cours de la soutenance de la thèse de doctorat de X. Magnon, à Aix-en-provence, le 30 novembre 2002.

(19) Voir sur ce point M. LUCIANI, «Il lavoro autonomo della prostituta», *Quad. cost.*, n° 2 de 2002, p. 398 et s.

ques dans le champ étroit d'une perspective exclusivement économique (et, pour cette raison, il a souvent été blâmé), d'un autre point de vue, ces circonstances ont permis de maintenir les distances nécessaires entre la jurisprudence des Cours constitutionnelles nationales et la Cour de Luxembourg en matière de droits fondamentaux. Les conflits ouverts entre juridictions ont peut-être été évités parce que les intérêts et les valeurs sur lesquels la Cour de justice européenne était appelée à se prononcer, ne coïncidaient jamais avec ceux sur le fondement desquels statuaient les Cours constitutionnelles. Pour revenir aux exemples ci-dessus mentionnés, alors que pour les Cours nationales l'avortement est un problème d'équilibre entre les droits de l'enfant à naître et les droits de la mère, en revanche, pour la Cour de justice l'affaire mettait en jeu les intérêts contraires de la liberté de prestation de service des cliniques qui pratiquent l'interruption volontaire de grossesse et les droits de l'enfant à naître.

Tout cela pourrait changer avec la Charte de Nice.

Même si les violations des droits fondamentaux continuaient à être présentées devant la Cour de justice selon la perspective économique traditionnelle, il n'est pas dit que la Cour continuerait à se prononcer dans cette même optique.

Le contenu de la Charte de Nice ne souffre pas des limites de compétences de la Communauté et de l'Union, tant il est vrai qu'afin d'éviter que la Charte soit utilisée de manière détournée, comme c'est le cas dans d'autres expériences fédérales, il a été précisé dans l'article 51, §2, de la Charte qu'elle «n'introduit pas de nouvelles compétences ou devoirs nouveaux pour la Communauté et pour l'Union, ni ne modifie les compétences et les devoirs définis par les traités».

Le groupe de travail de la Convention de Laeken a lui aussi porté une attention particulière au problème du champ d'application de la Charte, en soulignant à plusieurs reprises qu'en aucune manière l'incorporation de la Charte dans les traités pourrait altérer la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États-membres. De même, le groupe de travail a précisé que les exigences de protection des droits fondamentaux dans l'Union ne pourront pas plus justifier une extension du champ d'application des autres dispositions des traités au-delà des compétences de l'Union. À cette fin, le groupe de travail a proposé des modifications des art. 51 et 52 de la Charte, qui permettent de lever toute équivoque dans les rapports entre les droits fondamentaux et les compétences de l'Union (20).

Cette insistance témoigne de l'excédent de contenu de la Charte par rapport aux compétences des institutions européennes. Du fait de l'ampleur

(20) Rapport final du Groupe II - Intégration de la Charte/adhésion à la C.E.D.H., 22 octobre 2002, Conv. 354/02, p. 4 et s.

des thématiques qu'elle aborde, la Charte de Nice pourrait être le *Bill of Rights* de n'importe quel ordonnancement juridique étatique. En effet, elle ne se limite pas à sanctionner les droits les plus directement liés à l'intégration économique mais s'occupe de toutes les catégories de droits, y compris des droits qui ne sont pas encore connus dans de nombreux ordonnancements constitutionnels nationaux. Nombre d'observateurs ont ainsi relevé une disproportion considérable entre les contenus de la Charte et son domaine d'application.

Théoriquement, dans l'état actuel des compétences des institutions européennes, de nombreux droits proclamés dans le texte de la Charte devraient avoir une faible possibilité d'être invoqués sur un plan juridictionnel devant la Cour de justice. Il est difficile d'imaginer des cas dans lesquels le droit à la vie, par exemple, ou les droits liés à la bioéthique, la prohibition de la torture, le droit de se marier et de fonder une famille, le droit à la santé, et de nombreux autres droits pouvaient être invoqués à l'encontre des actes des institutions communautaires. Mais ils font néanmoins partie intégrante de la constellation des droits auxquels la Cour de justice peut faire référence dans ses décisions.

Imaginons un instant qu'après l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour de justice soit de nouveau saisie des affaires du type *Grogan*, sur l'avortement, ou *Jany*, sur la prostitution. Comme nous l'avons rappelé, la Cour de justice avait alors résolu les questions en se situant dans une perspective strictement «économique» : l'avortement entendu comme libre prestation de services et la prostitution comme activité professionnelle libre. Mais on peut se demander comment ferait la Cour aujourd'hui. Ne pourrait-elle pas aussi se sentir invitée à apprécier les questions soumises à son examen à la lueur de droits mentionnés et protégés par la Charte, comme le droit à la vie, le droit à l'intégrité physico-psychique, le droit à la santé, le principe d'inviolabilité de la dignité humaine ?

S'il en allait ainsi, ces cas seraient jugés selon les argumentations et les canons décisives de matrices typiquement constitutionnelles qui exigent de l'autorité juridictionnelle qu'elle se prononce sur la conciliation entre différents droits et principes garantis par un *Bill of Rights*. Tout porte à croire que le fait de disposer d'une «table» écrite des droits fondamentaux, dans laquelle elle pourrait puiser, modifierait la perception que la Cour de justice a de son rôle, ce qui conduirait à accentuer son caractère de juge constitutionnel, comme cela est déjà arrivé dans certaines *phases héroïques* de sa jurisprudence, pour reprendre l'expression de Weiler (21).

(21) Par exemple, dans M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologne, 2000, p. 62 et s.

La mise en valeur de la Cour de justice que l'entrée en vigueur de la Charte implique ne dépend alors pas d'un accroissement de ses compétences ou d'une augmentation de ses pouvoirs. Il ne semble pas que l'incorporation de la Charte des droits dans les traités ou dans un texte constitutionnel de l'Union européenne doive nécessairement entraîner une augmentation des instruments processuels dont dispose la Cour de Luxembourg (22). Cependant, la Charte pourrait grandement changer le caractère des juges de la Cour de justice dans le domaine des droits fondamentaux, car elle enrichit les principes auxquels elle peut faire référence, aussi bien dans les motifs que dans le dispositif de ses décisions. En définitive, la Charte a une incidence sur les paramètres de jugement de la Cour de Luxembourg et elle la place sur la même longueur d'onde que les Cours constitutionnelles nationales, accroissant ainsi les risques de rivalité directe.

5. - LA TENTATION DES JUGES ORDINAIRES : LES DROITS FONDAMENTAUX À LA CHARTE (23)

Jusqu'ici nous nous sommes consacrés à l'éventualité que la Charte de Nice projette indirectement une zone d'ombre sur les Cours constitutionnelles nationales en mettant en valeur la Cour de justice. À côté de cette première hypothèse, on pourrait aussi imaginer un autre scénario qui «sacrifie» la position des Cours constitutionnelles nationales dans le domaine de la protection des droits fondamentaux et qui, en revanche, a pour protagoniste les juges nationaux ordinaires.

Les juges nationaux sont en train de développer, du moins dans les pays qui sont membres depuis longtemps de la Communauté, la culture de l'application directe des normes européennes, et de la non application – si cela est nécessaire – des normes nationales (y compris des normes législatives). Le juge, qui n'est soumis qu'à la loi (art. 101 Const.) a vaincu depuis longtemps sa timidité et sa pudeur envers la non application des lois internes. Aujourd'hui la faculté de choisir au cas par cas la norme appropriée à la résolution du cas d'espèce, et en particulier lorsque le droit communautaire est impliqué, fait partie de la mentalité et de la formation culturelle du juge ordinaire.

(22) À l'inverse, on reproche souvent à la Charte des droits de ne pas avoir mis en place un système adapté de solutions juridictionnelles *ad hoc*, d'où – cela a été soutenu – la nécessité de créer un *amparo* européen. Voir, par exemple, J. LUTHER, «I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi?», in *La carta europea dei diritti*, P. COSTANZO (dir.), Gênes, 2002, p. 96 et s.; A. PERTICI, «La giustiziabilità dei diritti fondamentali», *ibid.*, p. 146 et s. En réalité, le groupe de travail sur la Charte des droits près la Convention de Laeken a aussi exprimé l'opinion qu'une refonte des conditions de recours direct devant la Cour de justice par les particuliers serait souhaitable, même si elle ne s'effectue pas uniquement dans le but d'une protection plus efficace des droits fondamentaux. Voir, à nouveau, le Rapport final du Groupe II – Intégration de la Charte/ adhésion à la C.E.D.H., 22 octobre 2002, Conv. 354/02, p. 15 et s.

(23) N.d.T. 2, en français dans le texte.

Certes, les principes de l'application directe et des effets directs autorisent la non application des normes internes dans des limites précises et dans le respect de conditions prédéterminées qui sont liées à la forme et au contenu des normes communautaires. Même lorsqu'elle sera incorporée dans le texte des traités, la Charte des droits ne devrait pas habiliter les juges nationaux à mettre en œuvre un contrôle de «légitimité (de toutes les lois nationales) par rapport aux droits communautaires». Deux éléments s'opposent à cela : d'une part, le fait que toutes les dispositions de la Charte ne comportent pas les caractères établis depuis longtemps par la jurisprudence de la Cour de justice, qui seuls autorisent les juges nationaux à ne pas appliquer les normes internes en faveur des normes communautaires ; d'autre part, et surtout, la limite du champ d'application de la Charte, que nous avons rappelée ci-dessus, telle qu'elle est formulée dans l'actuel art. 51. Par voie de principe la Charte n'est pas destinée aux institutions nationales, et de fait, elle ne lie pas la législation nationale, si ce n'est dans des cas où celle-ci met en œuvre des préceptes communautaires. La limite de la doctrine de l'*incorporation* devrait conjurer le danger qui consisterait à ce que la Charte de Nice soit utilisée au bon vouloir des juges ordinaires, pour évaluer la légitimité des normes nationales à la lumière des paramètres qu'elle pose et pour, en l'occurrence, ne pas appliquer ces normes.

En vertu d'un *habitus* qui s'est enraciné, il peut pourtant arriver, comme cela s'est déjà produit, que les juges fassent une utilisation désinvolte, si ce n'est libre, des principes de l'application directe et des effets directs du droit communautaire. Alors l'incidence de la Charte de Nice sur la jurisprudence ordinaire pourrait être plus importante que ce que l'on peut et ce que l'on doit aujourd'hui prévoir.

Ce qui s'est déjà produit à propos de la Convention européenne des droits de l'homme est de ce point de vue éclairant.

En Italie, la Convention européenne a seulement valeur de loi ordinaire, et de ce fait elle n'est pas en mesure de déterminer l'invalidité des lois internes, ni de justifier leur non application sur un plan judiciaire. Ainsi, ni la Cour constitutionnelle, ni les juges ordinaires ne peuvent garantir la primauté de la Convention sur les lois internes, car le rang de source normative qui lui a été donné est celui de la loi ordinaire. La Convention n'a donc reçu aucun effet spécial, nonobstant la tentative, qui est restée isolée, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 10 de 1993.

À une analyse conduite sur le plan du «droit vivant» jurisprudentiel (24) s'ajoutent cependant des arguments d'une toute autre nature.

(24) L'analyse de L. Montanari distingue justement deux niveaux qui sont proposés en terme de «profil statique» et de «profil dynamique» (*I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turin, Giappichelli, 2002).

Commençons par un cas extrême, à savoir une utilisation pathologique des sources du droit et des rapports entre Cours constitutionnelles et juges ordinaires. Par exemple, on a récemment pu observer une décision singulière du Tribunal de Gênes (25), qui a utilisé directement la C.E.D.H. en n'appliquant aucune norme interne, et ceci malgré le fait qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle excluait l'inconstitutionnalité de ces mêmes dispositions pour violation des principes relatifs à la non rétroactivité des lois. En invoquant la C.E.D.H., le juge ordinaire a avant tout exclu l'application d'une loi. Cette attitude constitue ainsi une «entorse» importante aux règles sur le régime des sources. De plus, cette démarche contourne, et dans une certaine mesure détourne une décision de la Cour constitutionnelle rendue en matière de droits fondamentaux. Telles qu'elles sont interprétées par la Cour de Strasbourg, les dispositions de la Convention ont ici été invoquées pour ne pas appliquer la loi nationale et pour se soustraire aux principes établis par la jurisprudence constitutionnelle nationale (26).

Dans un certain nombre de décisions (27), en tête desquelles se trouve un arrêt de la Cour de cassation (affaire *Medrano* de 1993), le fait que les juges ordinaires assurent l'application directe des dispositions de la Convention et les utilisent directement comme *rationes decidendi* de leurs décisions constitue un cas extrême, mais non isolé. En effet, dans leurs raisonnements, les dispositions de la Convention seraient assimilées au droit communautaire, ou bien plus, elles appartiendraient au droit communautaire aux termes de l'art. 6 T.U.E. Selon cette jurisprudence la Convention européenne évoquée par un article du traité, d'une part, devrait acquérir les caractéristiques de primauté et d'applicabilité directe, qui sont spécifiques aux normes communautaires, et, d'autre part, la Convention admettrait que les juges ignorent les normes internes en vigueur. Les juges ordinaires se retrouvent ainsi habilités à ne pas appliquer les lois internes, afin de garantir la pleine application directe de la C.E.D.H. évoquée par l'art. 6 du T.U.E., lequel, dans leur raisonnement habiliterait les juges à devenir garants des droits fondamentaux et cela, même lorsque l'on aboutit à la non application des normes internes, sans passer non plus par le jugement de constitutionnalité.

(25) Trib. Gênes arrêt du 4 juin 2001, *Foro it.* I, 2653. Sur ce point, A. GUZZAROTTI, «Il sindacato diffuso di convenzionalità delle leggi in Italia», *Quad. Cost.*, n° 1 de 2003; B. RANDAZZO, «Giudici comuni e corti europee dei diritti», rapport au Congrès de Catanzaro, 31 mai-1^{er} juin 2002, p. 7 (texte dactylographié).

(26) Le Tribunal de Gênes invoque l'art. 6 de la Convention, sur le procès équitable, selon l'interprétation qui résulte, par exemple, de l'arrêt de la Cour de Strasbourg du 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran contre Grèce*, pour la non application de la loi n° 608 de 1996, art. 9, al. 21, qui interdit au législateur d'intervenir par des lois rétroactives qui interfèrent sur les affaires en cours. L'arrêt de la Cour constitutionnelle qui s'est prononcée sur la même loi dans le sens du manque de fondement de la question est le n° 419 de 2000.

(27) À ce propos, voir les nombreuses références jurisprudentielles dans B. RANDAZZO, «Giudici comuni e corti europee dei diritti», rapport au Congrès de Catanzaro, 31 mai-1^{er} juin 2002, p. 40 et s. (texte dactylographié).

S'agit-il là d'une utilisation déformée de la Convention (28), des normes communautaires et du principe de l'effet direct? Il y a certainement quelque chose de pathologique dans cette jurisprudence (29). Mais il est certain que cette attitude, qui tend à étirer au-delà des limites consenties les règles de l'effet direct et de la non application des lois nationales, pourrait contaminer aussi la Charte des droits, et ceci particulièrement lorsque elle sera incluse dans les traités européens. Lorsque la Charte des droits sera intégrée aux traités, les juges, qui déjà aujourd'hui tendent à valoriser les faibles rapports entre les traités européens et la C.E.D.H., ne seront-ils pas ainsi à plus forte raison tentés d'appliquer directement la Charte des droits, même à l'encontre des dispositions législatives internes et éventuellement au-delà des limites dans le cadre desquelles la non application serait consentie?

Habités à garantir les effets directs des normes des traités européens, les juges ordinaires pourraient facilement invoquer les droits fondamentaux intégrés aux traités au-delà des limites et des frontières du champ d'application des textes. Après tout, les principes de la primauté et de l'applicabilité directe constituent une tentation forte pour les juges ordinaires, car ils accroissent de manière significative leurs pouvoirs (30). Étant donné, qu'en principe, ils agiraient pour protéger les droits fondamentaux, il serait embarrassant de renier leur jurisprudence sur la base de considérations formalistes centrées sur la valeur et sur le domaine d'application des normes et des actes juridiques.

Tout ce qui se produit avec la Convention européenne des droits de l'homme pourrait ainsi se reproduire, non sans nuances (31), pour la Charte des droits, du fait de sa simple rédaction et surtout du fait de son éventuelle insertion dans les traités. Après tout, les juges qui appliquent la C.E.D.H. sont aussi les juges qui assurent le respect du droit communau-

(28) Plus connue, et plutôt moins pathologique, est l'attitude des juges qui cherchent à arranger sur le plan interprétatif les divergences entre les normes internes et la C.E.D.H. telle que l'applique la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Au contraire, sans tomber dans une pathologie systématique, ceci est le comportement le plus répandu des juges italiens, qui réussissent par ce biais à garantir la pleine et effective application de la C.E.D.H., même dans un ordonnancement qui ne lui a reconnu qu'un rang de loi ordinaire. Les espaces et les marges de manœuvres interprétatives ne sont pas vraiment étroits en matière de droits fondamentaux, pour lesquels, en principe, l'autorité chargée de juger opère un équilibre entre droits, principes et intérêts opposés. Sur ce point, voir L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, op. cit., p. 197 et s. et p. 269 et s.

(29) Les auteurs s'accordent sur le fait que les juges ordinaires italiens n'ont pas le pouvoir de ne pas appliquer des normes internes en contradiction avec la Convention. Pour un aperçu global de ces auteurs, voir E. CANNIZZARO, «Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne», *Riv. Dir. Intern.*, 1993, p. 367.

(30) Sur les raisons du succès de l'architecture juridictionnelle européenne, voir les observations de J.H.H. WEILER, in M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologne, 2000, p. 66 et s.

(31) Voir, de nouveau, A. GUAZZAROTTI, op. loc. cit., §5 du texte dactylographié.

taire dans les ordonnancements nationaux, et dans la mesure où ils sont habitués à une interprétation «*magis ut valeant*» des droits fondamentaux, ils pourraient s'inspirer – à leur discrétion – de la «Charte» des droits la plus appropriée pour résoudre les cas d'espèce.

Les juges ordinaires assurent désormais des fonctions variées : ils sont tout d'abord, garants de la légalité étatique ; ils constituent, parfois, une porte d'accès à la justice constitutionnelle ; ils sont aussi de véritables juges communautaires ; enfin leurs tâches les poussent à assurer le respect de la Convention européenne des droits de l'homme, (etc.). Le fait d'avoir «investi» les juges ordinaires de rôles différents peut engendrer une «contamination» des techniques processuelles et décisives du fait du transfert des règles processuelles utilisables dans certains types de contentieux pour lesquels leur application ne serait pas autorisée. Ainsi, en particulier, le juge ordinaire qui en qualité de juge communautaire se livre à un contrôle diffus de l'ensemble de la législation nationale, pourra être tenté de veiller au respect des déclarations et de ne pas appliquer la norme nationale qu'il considère incompatible.

Chaque déclaration de droits bénéficie d'instruments juridictionnels propres : la Constitution nationale demande au juge ordinaire d'activer le jugement incident pour porter la question de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle ; dans le cadre précis des jugements internes, la Convention européenne peut uniquement fournir au juge ordinaire une solution interprétative, alors qu'elle est pleinement appliquée par la Cour de Strasbourg dans le cadre d'un recours déposé après épuisement des voies de recours internes ; la Charte des droits de l'Union européenne est, pour l'essentiel, confiée aux soins de la Cour de justice, éventuellement saisie par les juges nationaux sur renvoi préjudiciel, et alors que ces derniers pourront l'appliquer directement uniquement de manière exceptionnelle, face à des normes nationales adoptées en application du droit communautaire et pour violation des dispositions de la Charte dotée d'effets directs. Toutefois, il ne sera pas facile de maintenir clairs et distincts les différents types de jugements que les autorités judiciaires ordinaires peuvent effectuer au nom des diverses déclarations des droits.

Du reste il a déjà été souligné que dans plusieurs ordonnancements, principalement en Espagne et en Italie (32), la Charte des droits a déjà été invoquée dans la jurisprudence nationale, même si c'est essentiellement à des fins purement rhétoriques.

(32) On pense, par exemple, à l'ordonnance de la Cour d'appel de Rome du 11 avril 2002, qui a déclaré une loi italienne non applicable pour contrariété avec l'art. 6 de la C.E.D.H. et avec l'art. 47 de la Charte de Nice. Voir les critiques de R. CALVANO, «La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti UE Diritto pretorio o jus commune europeo?», www.associazionedei-costituzionalisti.it.

Si aujourd'hui les juges ordinaires cèdent déjà aux chants des sirènes de la rhétorique des droits fondamentaux européens alors que la Charte n'a pas de valeur juridique – et la Cour constitutionnelle italienne n'a pas été épargnée – on peut à plus fortes raisons imaginer que cette attitude se développera et se répandra lorsque la Charte aura une valeur juridique et qu'elle sera insérée dans un texte constitutionnel.

La possibilité de puiser directement dans la C.E.D.H. ou dans la Charte des droits peut accroître les espaces d'actions des juges ordinaires. Ces derniers semblent justement, bien disposés à ne pas laisser passer cette opportunité. Dans ce contexte le recours incident à la Cour constitutionnelle ne serait plus la seule voie qui pourrait être empruntée pour le juge qui trouve dans la loi nationale la cause d'une violation d'un droit fondamental. Mais ce serait là une solution parmi d'autres. D'autres, possibilités pourraient alors être offertes au juge ordinaire comme se tourner vers la Cour de justice ou appliquer directement les garanties les plus favorables se trouvant dans une des «Chartes européennes» à sa disposition.

Cette autorité particulière de la Cour constitutionnelle en matière de droits fondamentaux que nous évoquions en introduction pourrait alors être redéfinie du fait de l'émergence d'autres autorités juridictionnelles concurrentes.

6. – LA MARGINALISATION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE, UN PROCESSUS D'AUTO EXCLUSION

Les diverses observations que nous avons faites jusqu'ici laissent à penser que bien que la Charte n'a pas été conçue pour supplanter les Constitutions et les droits qu'elles proclament, et, encore moins, pour dévaloriser le rôle des Cours constitutionnelles nationales, il est certain que, d'une part, la mise en valeur de la Cour de justice et, d'autre part, les interprétations forcées des textes par la jurisprudence ordinaire pourraient enfermer les Cours constitutionnelles dans un étai et «couper l'oxygène» à leurs fonctions de juridiction des libertés.

Ce risque devrait, selon nous, inciter la Cour constitutionnelle italienne à reconsidérer certaines de ces positions jurisprudentielles qui ont provoqué sa propre mise à l'écart des questions qui ont une dimension européenne. De cette manière, elle pourrait au minimum récupérer la possibilité d'intervenir, si le cas se présente, sur le terrain des droits fondamentaux.

Il n'y a aucun doute sur le fait que l'affirmation de certains principes cardinaux du système communautaires a provoqué l'exclusion des Cours constitutionnelles de certains secteurs relevant à l'origine de leurs compétences. Avec ses caractéristiques de suprématie et d'effet direct, le droit

communautaire a généré une augmentation importante des éléments de «diffusion» du contrôle des lois qui, sur le continent européen était en revanche, caractérisé par sa concentration dans une juridiction spéciale (33). Le moment fort de ce processus est assurément l'arrêt *Simmenthal* de la Cour de justice des Communauté européenne de 1978 et, en ce qui concerne l'ordonnancement italien, la réponse – plutôt tourmentée – de l'arrêt n° 170 de 1984, par laquelle la Cour a renoncé à la compétence de veiller au respect de la légalité communautaire, et a confié cette mission aux juges ordinaires. Cet acquis ne peut pas être discuté ni être remis en question (34).

Nombre de questions de constitutionnalité des lois nationales sont soustraites à la compétence de la Cour constitutionnelle dès lors qu'elles présentent des points de contacts avec les normes européennes, et du fait que l'ordonnancement communautaire a confié au juge ordinaire la compétence générale pour résoudre les antinomies entre droit interne et droit communautaire.

Toutefois, et spécialement en matière de droits fondamentaux la Cour constitutionnelle aurait pu – et elle pourrait encore – conserver un rôle significatif dans le système européen.

La théorie des «contre limites» aurait pu préserver un rôle aux Cours constitutionnelles dans ce domaine (35), mais cette théorie s'est atrophiée et n'a jamais reçu aucune application concrète.

Comme on le sait la théorie des «contre limites» se prêtait à deux interprétations. La théorie originaire, d'interprétation maximaliste, a été emblématiquement exprimée dans l'arrêt n° 183 de 1973, qui présentait les «contre limites» comme une clause de sauvegarde «du système»: l'application de cette doctrine, qui devait être utilisée seulement en présence de violations flagrantes et irréremédiables des droits fondamentaux dans le système européen, aurait provoqué la révocation de la participation italienne à la Communauté européenne. Dans cette version, la doctrine des «contre limites» aurait eu très peu de possibilités d'être appliquée. La seconde inter-

(33) Sur ce point, voir les explications de A. CELOTTO, *op. cit.*

(34) Enfin, la jurisprudence *Granital* a été confirmée par la Cour constitutionnelle dans son ordonnance n° 238 de 2002 suite à la demande d'un juge qui, après des décennies, demandait l'intervention de la Cour constitutionnelle pour résoudre un conflit entre norme interne et normes européennes directement applicables (*sic!*).

(35) Selon F. Salmoni, à travers la doctrine des «contre limites», la Cour constitutionnelle «a pu réaffirmer et renforcer le caractère central de son rôle au sein de l'ordonnancement juridique étatique même du seul point de vue de la protection des droits dans les matières de compétences communautaires» («La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee», rapport au Congrès sur *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Catanzaro 31 mai-1^{er} juin 2002, p. 10 [texte dactylographié] et *Diritto pubblico*, 2002, p. 491 et s., spéc. p. 512 et s.). Selon nous cette opinion est substantiellement contredite par la jurisprudence «processuelle» de la Cour sur les questions communautaires que nous rappellerons.

prétation, développée postérieurement dans l'arrêt n° 232 de 1989, se prêtait en revanche beaucoup plus à faire des «contre limites» une garantie des droits fondamentaux dans les cas concrets. Ce faisant, elle tendait, dans une certaine mesure, à préserver la fonction de juridiction des libertés de la Cour constitutionnelle italienne y compris face aux institutions européennes. Toutefois, cette seconde interprétation n'a, elle aussi, pas eu de suite et elle a aujourd'hui perdu tout intérêt.

On peut se demander pour quelles raisons il n'existe aucune application de la théorie des «contre limites».

Nous ne nous référons pas ici directement au débat qui a lieu en Italie sur la nécessité de maintenir la doctrine des «contre limites» dans le cadre d'une Union européenne constitutionnalisée. Certains auteurs affirment qu'il convient de ne plus appliquer une doctrine tombée en désuétude depuis longtemps (36); d'autres soutiennent au contraire que des conflits constitutionnels entre les États-membres et l'Union européenne pourraient survenir et que la doctrine des «contre limites» pourrait se révéler utile pour la sauvegarde de l'identité constitutionnelle nationale (37); d'autres, encore, insistent sur l'utilité de la doctrine des «contre limites» non pas d'un point de vue «défensif», mais comme un instrument au service de l'intégration européenne (38). Les questions soulevées sont importantes et, pour ainsi dire, cruciales. À ce propos, il faudrait souligner que la réponse à ces questions importantes et délicates pourrait être compromise en amont par certaines orientations de la Cour constitutionnelle qui, sans vouloir assumer une position explicite quant à la survivance de la doctrine des «contre limites» à l'égard de la Charte des droits et la Constitution européenne, bloque la possibilité de résoudre la question.

De nombreuses raisons pourraient être avancées pour justifier l'absence totale d'application pratique des «contre limites». La liste pourrait partir du constat qu'il n'existe pas de réelles discordances entre la protection des droits telle qu'elle est assurée au niveau européen et celle qui est assurée dans les ordonnancements constitutionnels nationaux (39). On pourrait ensuite insister sur les potentialités de la liberté d'interprétation laissée aux juges (40) qui

(36) Dans ce sens, voir, par exemple, la position de A. CELOTTO dans sa communication aux présents actes.

(37) Dans ce sens, voir F. SALMONI, «La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee», *Diritto pubblico*, 2002, p. 491 et s., spéc. p. 556 et s.

(38) Dans ce sens, voir surtout A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni e 'controlli-miti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione», Communication au Congrès sur *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Catanzaro 31 mai – 1^{er} juin 2002.

(39) Cela semble être la lecture proposée par V. ONIDA, «Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario», *Quad. cost.*, n° 3 de 2002, p. 549 et s., spéc. p. 555.

(40) Sur ce point, voir les importantes observations de A. RUGGERI, dans sa communication aux présents actes.

leur permet de concilier les motifs de divergences et d'harmoniser les jurisprudences. On pourrait encore affirmer que l'arme des «contre limites» est trop puissante pour être véritablement amorcée : son utilisation ferait éclater un conflit ouvert et elle entraînerait des conséquences excessives également pour l'ordonnancement qui la place à la tête de sa défense.

À toutes ces bonnes raisons, il faut en ajouter une autre qui est décisive. La Cour constitutionnelle italienne n'a jamais utilisé, et elle n'utilisera probablement jamais la doctrine des «contre limites», parce qu'elle a laissé progressivement s'éloigner les occasions qui lui permettraient de le faire.

Le fait est qu'à cause de certaines positions jurisprudentielles, de moins en moins de questions portant sur le droit communautaire sont soumises à la Cour, que ce soit en tant qu'objet ou en tant que paramètres de jugement. Par exemple, au cours de l'année 2002, le nombre de décisions de la Cour constitutionnelle qui concernaient le droit communautaire n'atteint pas la dizaine sur plus de 500 décisions rendues cette année là (41). En outre, dans la majeure partie des cas, il s'est agit d'ordonnances de non admission. Les rares questions communautaires pour lesquelles la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur le fond sont, pour la plupart, liées aux questions régionales et elles concernent rarement les droits fondamentaux.

Concernant les jugements par voie incidente, qui restent la voie d'accès principale au juge constitutionnel, la Cour constitutionnelle a mis en œuvre une démarche de dissuasion envers les juges ordinaires qui, de manière toujours plus explicite, ont été invités à ne pas poser de questions de constitutionnalité dans les affaires qui peuvent être résolues sur le plan de la légalité communautaire, et selon les solutions propres à l'ordonnancement communautaire.

Prenons quelques exemples emblématiques.

Si une question de constitutionnalité doit être résolue sur le fondement du droit communautaire, peu importe que celui-ci soit utilisé dans le jugement en tant qu'objet ou, plus simplement, en tant que paramètre ou, encore, en tant que *tertium comparationis* dans un jugement d'égalité. Un problème d'interprétation des normes communautaires se pose fréquemment. Dans beaucoup de cas, la Cour constitutionnelle est bloquée par une question d'interprétation et, conformément à un principe désormais acquis, elle renvoie la question aux juges ordinaires, car c'est effectivement à eux qu'il appartient d'éclaircir les incertitudes interprétatives, avec l'intervention éventuelle de la Cour de Luxembourg. La Cour constitutionnelle ne prévarique pas la Cour de Luxembourg en s'arrogeant le droit d'interpréter

(41) Pour une présentation de toutes les décisions de la Cour constitutionnelle italienne en matière de droit communautaire, voir la chronique «Decisioni della Corte costituzionale», *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, I. CARLOTTO et M. CARTABIA (dir.).

elle-même le droit communautaire, mais elle ne manifeste pas assez de déférence envers le juge communautaire pour se tourner vers lui en utilisant le renvoi préjudiciel prévu par l'article 234 T.C.E. La voie que la Cour constitutionnelle italienne a choisi est différente : la Cour confie tout le travail aux juges ordinaires. Avant de poser une question de constitutionnalité, ceux-ci devraient présenter à la Cour de justice une demande en interprétation. Dans l'hypothèse où ils n'auraient pas effectué le renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, ils sont invités par la Cour constitutionnelle à rattraper cet oubli pour ensuite, et seulement dans un second temps, représenter éventuellement la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle (42). Ce qu'il se produit parfois est que les juges ordinaires, sollicités par la Cour constitutionnelle, se tournent de bon gré vers la Cour de Luxembourg, mais ensuite ils ne posent plus la question à la Cour constitutionnelle, du moins jusqu'à aujourd'hui. Le parcours serait trop « fatigant » et peu fructueux pour les parties en cause. C'est la raison pour laquelle, du fait de sa propre volonté, la Cour constitutionnelle se trouve exclue d'une importante catégorie de questions.

Prenons maintenant en considération une autre typologie de cas. Si une question présente un caractère préjudiciel double, dans le sens où certains de ses aspects doivent être résolus avec l'intervention de la Cour de justice de Luxembourg et d'autres relèvent, en revanche, des compétences de la Cour constitutionnelle, l'orientation relativement claire de la jurisprudence constitutionnelle est qu'une prévalence absolue doit être reconnue à la question préjudicielle communautaire. C'est donc la Cour de justice qui doit se prononcer en premier lieu et seulement après ce sera au tour de la Cour constitutionnelle d'intervenir le cas échéant (43). Et, là encore, après avoir demandé et obtenu la décision de la Cour de justice, le juge ordinaire ne s'en remet pas à la Cour constitutionnelle.

Toujours dans des cas qui présentent un caractère préjudiciel double, si le juge renvoie simultanément, comme il le faisait à partir de la fameuse affaire Costa/ENEL, la même question à la Cour de justice et à la Cour constitutionnelle italienne, la Consulta se prononce dans le sens de l'inadmissibilité pour *irrelevanza* (44). Avant de se prononcer, la Cour constitutionnelle déclare devoir attendre la décision de la Cour de justice, se réservant la possibilité d'intervenir uniquement si la norme interne s'avère applicable et si le doute sur sa constitutionnalité demeure après la décision des juges de Luxembourg. Cette position, qui est cohérente avec les règles

(42) Voir, par exemple, les ordonnances n° 108 et 109 de 1998.

(43) *Ord.* n° 108 de 1998.

(44) Voir, par exemple, *ord.* n° 391 de 1992, n° 249 de 2001 et n° 85 de 2002. Les motifs processuels de la Cour constitutionnelle dans ces affaires ne sont pas toujours limpides et cohérents, comme le souligne F. SORRENTINO, « E' veramente inammissibile il 'doppio rinvio' ? », *Giur. Cost.*, 2002, p. 781.

processuelles du jugement de constitutionnalité, aboutit néanmoins de nouveau à donner la primauté à la Cour de justice et elle fait perdre à la Cour constitutionnelle de futures occasions d'intervenir.

Encore plus extrême est le cas dans lequel les questions de constitutionnalité soumises à la Cour constitutionnelle sont posées sur les dispositions d'une loi qui est déjà examinée par la Cour de justice comme, par exemple, une procédure d'infraction. Même dans ces hypothèses, la Cour constitutionnelle considère que les questions sont inadmissibles en raison de l'absence ou de l'incertitude quant à leur *rilevanza*, omettant ainsi de se prononcer (45). La Cour constitutionnelle prétend ici que le juge doit attendre la décision de la Cour de justice avant de poser une question de constitutionnalité qui pourrait se révéler inutile, ou qui pourrait conduire à des conclusions différentes de celles exprimées par la Cour de justice.

Avec cette jurisprudence (46) (comme avec celle relative au renvoi préjudiciel par la Cour constitutionnelle *ex art. 234 T.C.E.* de laquelle nous parlerons *infra*), la Cour constitutionnelle cherche à se réserver la possibilité d'intervenir après la Cour de justice, au nom – semble-t-il – d'un «droit au dernier mot» mais, en vérité, elle risque plutôt de... rester muette pour toujours.

Selon nous, il existe une solution d'application très simple pour arrêter ce processus d'auto exclusion. Il s'agit tout d'abord d'inverser cette tendance toujours plus marquée à décourager les juges ordinaires de poser des questions de constitutionnalité qui mettent en cause le droit européen. Il faudrait ainsi modifier la jurisprudence plus récente sur la double «préjudiciabilité» et, ensuite, redonner confiance aux juges ordinaires, de sorte qu'ils aient aussi envie de dialoguer avec la Cour constitutionnelle sur des questions qui présentent des aspects communautaires. Mais pour cela il est indispensable que la Cour constitutionnelle trouve le courage de revenir sur l'interprétation aux termes de laquelle elle n'est pas une juridiction au sens de l'article 234 T.C.E., et selon laquelle elle n'est pas habilitée à utiliser le renvoi préjudiciel à la Cour de justice (*ord. n° 235 de 1995* (47)). Voici donc l'unique voie qui peut aujourd'hui être envisagée pour conserver une place dans le système européen de protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire dans les secteurs où les compétences de la Cour de justice, des juges ordinaires et de la Cour constitutionnelle se superposent.

(45) *Ord. n° 244 de 1994 et n° 38 de 1995.*

(46) Sur cette jurisprudence, voir F. GHERA, «*Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*», *Giur. Cost.*, 2000, p. 1193 et s. De manière plus générale, avec d'autres références jurisprudentielles, voir F. SALMONI («*La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*», *art. cit.*, p. 502 et s.) qui du reste considère ces orientations jurisprudentielles cohérentes avec la prémisse dualiste embrassée par la Cour constitutionnelle.

(47) Cette orientation a été à plusieurs reprises confirmée. Voir les ordonnances n° 319 de 1996, n° 108 et 109 de 1998.

La crainte de la Cour constitutionnelle réside dans le fait de devoir «prendre des ordres» des juges de Luxembourg ou, plus simplement, qu'ils la renient. La Cour constitutionnelle n'entend pas s'assujettir à la Cour européenne par peur de porter préjudice à sa crédibilité. Une partie très influente de la doctrine (48) soutient la position de la Cour : selon ces auteurs une position différente minerait la légitimité de la Cour constitutionnelle, en l'assujettissant aux interprétations de la Cour de justice qui, d'un point de vue hiérarchique, deviendrait pratiquement un «supérieur» par rapport à elle. Ces arguments sont très solides, mais il n'est cependant pas possible de laisser de côté certaines objections qui, selon nous, sont très sérieuses.

Il faut, tout d'abord, retenir le fait que la Cour constitutionnelle ne veut pas s'immiscer dans un circuit juridictionnel avec la Cour de justice afin d'éviter le risque de se soumettre à l'autorité du juge européen. Mais en adoptant cette position, la Cour constitutionnelle perd en conséquence l'opportunité d'influencer la jurisprudence du juge européen. En vérité, la Cour constitutionnelle connaît et applique la jurisprudence de la Cour de justice, et elle n'a pas hésité à affirmer que ses décisions jouissent de la primauté et de l'effet direct au même titre que les sources européennes écrites (49). La Cour constitutionnelle refuse donc le dialogue direct, mais elle n'est pas soustraite à l'influence de la jurisprudence des juges de Luxembourg. Toutefois, en refusant le dialogue direct, la Cour n'exprime jamais la voix de l'ordonnancement constitutionnel italien dans les procès communautaires.

En second lieu, la position de la Cour constitutionnelle sous évalue la liberté d'interprétation qu'elle conserverait, en tout état de cause, si elle cédait à la possibilité d'utiliser le renvoi préjudiciel, et cela notamment au nom des principes de l'acte clair (50). Un des motifs de rejet de l'art. 234 T.C.E. réside dans le fait que la Cour constitutionnelle étant une juridiction contre les décisions de laquelle n'existe aucune voie de recours (art. 137 Const.), la Cour craint de ne pouvoir simplement se soumettre à la «faculté» de se tourner vers les juges communautaires et d'être obligée de le faire,

(48) Voir, par exemple, F. SORRENTINO, «Rivisitando l'art. 177 del trattato di Roma», in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milan, 1994, p. 637 et s.; G. ZAGREBELSKY, «Intervento al seminario dell'Osservatorio costituzionale della L.U.I.S.S.», in www.luiss.it/semcost/europa. Toutefois, d'autres membres éminents de la doctrine soutiennent une position différente qui laisse à penser qu'une autre orientation jurisprudentielle est possible, pour ces auteurs voir V. ONIDA, «Armonia tra diversi...», art. cit., p. 554.

(49) Voir, par exemple, les arrêts n° 113 de 1985 et n° 389 de 1989.

(50) Route qui en revanche semble utilisée par les juges des juridictions supérieures – Cour de cassation et Conseil d'État –, vu le faible nombre de questions préjudicielles envoyées à la Cour de justice, nonobstant l'obligation établie par l'art. 234 T.C.E. Voir, les chiffres auxquels se réfère L. MONTANARI, «Giudici comuni e Corti sopranazionali», rapport au Congrès sur *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Catanzaro 31 mai-1^{er} juin 2002, p. 27 (texte dactylographié).

selon les prescriptions de l'art. 234 T.C.E. (51). Ceci est probablement vrai. Comme il est vrai, par ailleurs, que là où il n'y a pas d'incertitude d'interprétation ou de jurisprudence consolidée, les juges de dernière instance doivent néanmoins effectuer un renvoi à Luxembourg, même s'il peuvent utiliser l'«échappatoire» de l'acte clair qui, comme nous l'avons souligné, a été utilisé (et il en a été abusé) par diverses (hautes) juridictions nationales.

Enfin, après tout ce que nous avons observé au sujet de l'utilisation désinvolte de la C.E.D.H. par les juges ordinaires, on peut imaginer que pour éviter le risque de recevoir des ordres de Luxembourg, on court un autre risque, non moins pernicieux pour la crédibilité de la Cour constitutionnelle, de laisser aux juges ordinaires le terrain de la protection des droits fondamentaux et de fait, on s'expose à la tentation de désavouer la Cour constitutionnelle, d'ignorer sa jurisprudence ou simplement de la mettre à l'écart des questions touchant les droits fondamentaux.

Les autres Cours constitutionnelles n'ont pas eu les mêmes craintes que la Cour constitutionnelle italienne et n'ont pas hésité à se tourner vers la Cour de Luxembourg, comme le démontrent les questions soulevées, par exemple, par la Cour constitutionnelle autrichienne et par la Cour d'arbitrage belge (52). Cette attitude semble assez précieuse en vue de l'élargissement, dont le processus – il est bon de le rappeler – se poursuit sans attendre que la Charte des droits ait une valeur normative. Dans une perspective élargie, ne serait-il pas souhaitable de redonner du souffle et une possibilité d'expression au «dialogue constitutionnel» dans le système communautaire, dialogue qui a déjà donné des résultats féconds dans les phases fondatrices de la Communauté? Ne serait-il pas opportun que les Cours constitutionnelles, qui ont marqué l'histoire constitutionnelle du système communautaire, utilisent un mécanisme vertueux qui pourrait être proposé aux Cours constitutionnelles des nouveaux et des futurs pays membres? Une Europe dans laquelle les Cours constitutionnelles s'enferment dans les frontières de leurs ordonnancements, en refusant de s'occuper des questions «de dimension communautaire» serait-elle vraiment satisfaisante?

Si vraiment la Cour constitutionnelle ne veut pas que son rôle de gardien des droits fondamentaux s'atrophie, il serait bon de redonner confiance aux juges ordinaires, en répondant sur le fond aux questions de constitutionnalité qu'ils posent et, en même temps, de lier un rapport direct avec les

(51) Sur ce point, voir T. GROPPI, «La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del trattato CE», in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (dir.), Turin, 1997, p. 171 et s.

(52) Voir l'arrêt de la Cour de justice rendu sur un renvoi préjudiciel de la Cour d'Arbitrage Belge du 16 juillet 1998, C-93/97, *Fédération Belge des Chambres Syndicales de Médecins v Flemish Government*, et l'arrêt du 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien*, rendu sur un renvoi préjudiciel du Tribunal constitutionnel autrichien.

Cours européennes, à travers l'utilisation du renvoi préjudiciel. Si ceci ne devait pas arriver, la sortie de scène de la Cour constitutionnelle ne résulterait pas d'un choix imposé «d'en haut». Ce serait un retrait volontaire, une auto exclusion, qui avec le temps, sacrifierait une des missions essentielles des Cours constitutionnelles, *la juridiction constitutionnelle des libertés*.