



HAL
open science

La décision n° 269 de 2017 et le concours de recours juridictionnels constitutionnels et européens

Julien Giudicelli, Diletta Tega

► **To cite this version:**

Julien Giudicelli, Diletta Tega. La décision n° 269 de 2017 et le concours de recours juridictionnels constitutionnels et européens. 2018. hal-01943652

HAL Id: hal-01943652

<https://hal.science/hal-01943652>

Submitted on 2 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Il n'hésitait d'ailleurs pas à affirmer qu'une fois au gouvernement, il annulerait « cette folie au nom de la certitude de la punition ».

Pour autant, ces « remous politiques » ne doivent pas occulter la situation économique délicate de l'Italie. Ainsi, « la crise financière de 2008 a fragilisé l'économie italienne, en creusant son déficit et en alourdissant le poids de l'endettement public ». Sous la pression de l'Union européenne, elle a dû prendre des mesures drastiques conduisant les gouvernants à rechercher une alchimie complexe entre le droit d'urgence, la crise et l'équilibre budgétaire. Cela dit, comme l'écrit Sylvie Schmitt, « parce l'urgence est imprévue et dangereuse, elle constitue une situation extraordinaire » et ne saurait « engager des réformes profondes parce qu'elles éloigneraient définitivement l'ordre juridique de son état antérieur à la crise ».

La Cour constitutionnelle et sa composition sont également au cœur des interrogations. Pour Céline Maillafet, il est indispensable que cette majorité inédite nomme enfin le successeur de Guiseppe Frigo (qui a démissionné le 7 novembre 2016 pour des raisons de santé) et mette fin aux querelles partisans qui empêche la Consulta de travailler sereinement, d'autant plus que ces derniers mois, elle fait déjà l'objet selon l'auteur de « crises non institutionnelles » qui mettent à mal sa légitimité.

Pour autant, les juges constitutionnels italiens n'entendent pas abandonner leur rôle traditionnel et désormais ancré dans les institutions et la société italienne de protecteur des droits constitutionnels. Comme le note Diletta Tega, avec l'arrêt n° 269 de 2017, ils n'ont pas manqué de rappeler que « lorsque les droits constitutionnels sont en jeu, et non les libertés économiques classiques du droit de l'Union européenne, il convient de s'adresser en premier lieu au juge constitutionnel ».

Enfin, le travail des juges pour accompagner l'évolution des sociétés est également au cœur du travail des juges ordinaires comme le démontre Tatiana Disperati qui met en exergue la poursuite du dialogue entre les juridictions internes et la CEDH en matière de connaissance de ses origines. Par un arrêt récent, la Cour de cassation consacre une nouvelle garantie à ce droit fondamental en l'élargissant à l'accès à l'identité des frères et sœurs. Cela dit, Tatiana Disperati met en exergue l'effectivité relative de cette nouveauté.

Une chose est sûre, plus que jamais, le nouveau gouvernement italien et sa majorité sont observés par toutes les démocraties européennes en ce qu'ils incarnent, sans doute malgré eux, la montée en puissance des « partis populistes » dans ces mêmes démocraties. Nul doute que les mois à venir seront instructifs quant à la capacité réelle de ces mouvements à gouverner un État sans mettre à mal les principes démocratiques des sociétés européennes. L'Italie est souvent présentée comme un « laboratoire » des démocraties européennes, elle ne l'a sans doute jamais autant été. ■ **Michaël Bardin**

■ La voix d'Italie

La décision n° 269 de 2017 et le concours de recours juridictionnels constitutionnels et européens

par **Diletta Tega**

Professeur associé de droit constitutionnel à l'Université de Bologne

L'important et déjà très commenté *obiter* contenu dans le point 5 du considérant en droit de la décision n° 269 de 2017 marque une nouvelle phase, plus mature, du long parcours qui a vu la Cour constitutionnelle se confronter tout d'abord au droit de l'Union puis au système de la CEDH. Les juges constitutionnels ont affiné dans ce laps de temps la connaissance de la jurisprudence et des mécanismes sur la base desquels les Cours de Strasbourg et de Luxembourg opèrent. Ils ont développé une conscience critique, mais non hostile, vis-à-vis du contenu et de l'interprétation de la CEDH et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et ont, *last but not least*, redéfini le dialogue avec les juges du fond.

La décision commentée a tout d'abord rassuré le public italien.

Elle a rappelé l'obéissance aux principes du primat et de l'effet direct du droit de l'Union européenne ; elle a reconnu que la Charte des droits fondamentaux fait partie intégrante du droit de l'Union et a un contenu dont l'empreinte est typiquement constitutionnelle ; elle a démontré être

consciente que les juges du fond sont libres de soumettre à la CJUE toute question préjudicielle selon eux nécessaire à toute phase de la procédure ainsi qu'au terme de la procédure préjudicielle ; elle a rappelé l'affirmation contenue dans la



jurisprudence de la CJUE selon laquelle les juges peuvent « adopter toute mesure nécessaire pour garantir la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » ; elle est enfin bien consciente aussi du fait que les juges peuvent ne pas appliquer, au terme de la décision incidente, la disposition législative nationale en cause quoiqu'ayant été déclarée constitutionnelle, dès lors qu'ils la considèrent sous d'autres aspects contraire au droit de l'UE. Autant de



points en conformité avec la jurisprudence de la CJUE, mentionnée par la décision n° 269, ainsi qu'avec les arrêts du 4 juin 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, et, dernièrement, avec l'arrêt du 20 décembre 2017, *Global Starnet Ltd Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato* (cf. les points 21 à 25 ; Antonio Ruggeri met en évidence néanmoins un possible conflit latent avec la position de la Cour constitutionnelle, v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia*, www.diritticomparati.it, renvoyant à ses précédents écrits dans lesquels il s'était déjà penché de façon critique sur la décision n° 269), en réponse aux questions de la France, de l'Autriche et de l'Allemagne.

Peut-on dire que l'*obiter* rassure aussi la CJUE ? Ce n'est pas certain car cette dernière a affirmé, sur le fondement de l'article 267 du TFUE, que la communication entre le juge du fond et la Cour de Luxembourg doit demeurer libre (le juge du fond ne peut en aucune façon être empêché dans l'exercice de sa faculté de soumettre des questions préjudicielles à la Cour de justice) ; la CJUE a par ailleurs également affirmé ne pas admettre d'interférences par des normes internes prévoyant des procédures préjudicielles de contrôle de constitutionnalité prioritaires (le renvoi préjudiciel doit être possible avant même que ne soit soulevée la question de constitutionnalité : arrêt *Melki et Abdeli*, aff. C-188 e 189/10, notamment. §§ 42, 52, 57).

Ce que l'on vient de dire nous incite à plus forte raison à nous demander *ce que* représente cette décision, mais nous devons tout d'abord nous interroger sur *ce qu'elle n'est pas*.

La décision n° 269 *ne se veut pas* une attaque contre ce que l'on appelle le parti pris communautaire : l'application de cette doctrine reste pacifique - comme le démontrent, dernièrement, l'ordonnance n° 48 et la décision n° 111, toutes deux rendues en 2017 - chaque fois que des normes internes entrent en conflit avec normes règles européennes ayant un effet direct, telles que la libre circulation des services et l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. La Cour constitutionnelle développe l'attitude de coopération qu'elle avait déjà esquissée dans de précédentes décisions, notamment grâce à la prise de conscience actuelle d'un groupe de juges constitutionnels qui siègent simultanément au sein de l'organe.

Que représente donc cette décision ?

Il s'agit sans aucun doute d'un *rappel à l'ordre* pour les juges du fond : lorsque les droits constitutionnels sont en jeu, et non les libertés économiques classiques du droit de l'UE, il convient de s'adresser en premier lieu au juge constitutionnel. Le *rappel à l'ordre* apparaît, tout d'abord, dans le passage suivant :

« lorsqu'une loi est sujette à des doutes relatifs à sa constitutionnalité, tant en ce qui concerne les droits protégés par la Constitution italienne que ceux garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », le juge doit s'adresser au *Palazzo della Consulta*. Apparemment, la Cour constitutionnelle ne nie pas, en théorie, que les droits consacrés par la Charte de Nice peuvent également être reconnus comme ayant un effet

direct, si les conditions sont remplies. Les termes exacts, également pratiques, de la coordination entre ces deux propositions seront mieux précisés si et quand l'*obiter* recevra une application concrète.

Pourquoi faire un tel *rappel à l'ordre* ?

Depuis le début de son activité, la Cour italienne a poursuivi avec succès la protection des droits inviolables : le recours préjudiciel était l'instrument par lequel - dans un système juridique où il n'y a pas de possibilité de recours individuel - il était possible d'atteindre ce résultat. En effet, dans les années 1990, le recours aux juges du fond destiné à mettre en œuvre l'interprétation conforme a eu pour effet collatéral le risque que la Cour constitutionnelle *s'écarte* de la question des droits, même si les raisons sont, en réalité, composites : 1) l'explosion du succès de la Cour européenne des droits de l'Homme grâce à l'introduction du recours individuel par le Protocole 11 de 1998 ; 2) la proclamation, en 2000, de la Charte des droits fondamentaux et la référence à celle-ci par la jurisprudence de la Cour européenne (jurisprudence qui semble vouloir assurer un certain degré d'efficacité aux droits de la Charte, cf. le bilan qu'en a fait dernièrement D. SARMIENTO, *Goodbye 2017*, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>, encore loin cependant des scénarios problématiques, dans lesquels la non-application des normes internes au nom de ces droits pourrait être exigée, peut-être sur des points où elles diffèrent des dispositions correspondantes des Constitutions nationales) ; 3) au niveau national [soit italien, N.d.T] en 2001, en raison de la reformulation de l'article 117, premier paragraphe, de la Constitution ; 4) en 2007, les décisions dites jumelles ; 5) en conclusion, le développement d'une protection intégrée des droits, bien qu'*en germe* encore, à l'instar de la décision n° 80/2011, qui reconnaissait que la protection des droits au sein de l'UE résulte (ou résultera) de trois sources distinctes : premièrement, de la Charte des droits fondamentaux (...), que l'Union « reconnaît » et qui « a la même valeur juridique que les traités » ; deuxièmement, de la CEDH, en conséquence de l'adhésion de l'Union à celle-ci ; et enfin, des « principes généraux », qui - selon l'économie de l'ancien article 6 § 2 du Traité - comprennent les droits consacrés par la CEDH elle-même ainsi que ceux résultant des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

C'est précisément au moment où la protection des droits *au-delà des frontières nationales* commence à se développer que la Cour italienne se concentre sur la différence entre son rôle et celui des autres organes de protection de droit, quoique poursuivant le même objectif, et redoute de plus en plus que les possibilités de *faire entendre sa voix* soient limitées : la protection judiciaire des

droits risque d'être épuisée, de plus en plus fréquemment, dans un dialogue exclusif entre le juge du fond et le juge européen, le juge constitutionnel demeurant *au balcon*.

C'est pour éviter ce scénario que la jurisprudence constitutionnelle - qui culmine avec la décision n° 269 - met progressivement en place une triple action : 1) l'attention est attirée sur l'exigence d'une interprétation conforme ; 2) il est rappelé aux juges du fond comment traiter les décisions européennes ; 3) la Cour constitutionnelle se confronte aux juridictions européennes. La position exprimée dans la décision commentée semble faire partie d'une approche qui s'est développée selon une logique connue : la Cour italienne revendique la possibilité de participer à la protection du droit dont il est question. Pour y parvenir de la meilleure façon possible, elle doit se tailler un rôle lui permettant de parler la première, soit lui permettant d'expliquer le droit italien actuel ; de mettre en évidence les principes et les valeurs constitutionnels en jeu ; de signaler tant les défauts de protection nationale que les principes fondamentaux résultants de l'ordre constitutionnel ne pouvant être abdiés.

C'est dans cette optique que l'on peut lire l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Concernant les relations avec la CJUE, un premier pas avait déjà été fait dans la décision n° 80/2011. D'une part, la Cour exclut « le fait que la Charte constitue un instrument de protection des droits fondamentaux au-delà des compétences de l'Union européenne, comme la CJUE elle-même l'a par ailleurs affirmé à plusieurs reprises, tant avant (...) qu'après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (...) ». D'autre part, la Cour rappelle que « la condition d'applicabilité de la Charte de Nice est donc que l'affaire devant la Cour soit régie par le droit européen - dans la mesure où elle concerne des actes de l'Union, des actes et comportements nationaux mettant en œuvre le droit de l'Union européenne, ou des justifications avancées par un État membre pour une mesure nationale qui serait autrement incompatible avec le droit de l'Union européenne - et non par des règles nationales qui n'ont aucun lien avec le droit de l'Union européenne ». C'est au cours des mêmes années que les trois renvois préjudiciels ont été effectués, jugés au principal (ordonnance n° 103/2008) et à titre incident (ordonnances n° 207/2013 et 24/2017). Ces renvois ont joué un rôle déterminant dans *l'ouverture du dialogue* avec La Cour de Luxembourg : d'abord dans un cas de taxation discriminatoire, puis dans une affaire relative aux droits des travailleurs, l'affaire dite *Mascolo*, et enfin dans l'affaire dite *Taricco*. C'est dans cette dernière décision que la Cour constitutionnelle a démontré que la *communication* avec la CJUE peut fonctionner non seulement pour *recevoir*, mais aussi pour *transmettre* à la Cour de justice les problèmes constitutionnels que certaines décisions soulèvent. Il semble que c'est précisément le cas auquel la Cour constitutionnelle, dans la décision n° 269, se réfère lorsqu'elle explique à la juridiction du fond comment traiter les cas de « double préjudicialité ». Et la réaction de la Cour de justice de l'UE est mentionnée dans les deux cas : « Les principes et les droits énoncés dans la Charte recourent dans une large mesure les principes et les droits garantis par la Constitution italienne (et par les autres constitutions nationales des États membres). Il se peut donc que la violation d'un droit de la personne viole à la fois les garanties prévues par la Constitution italienne et celles codifiées dans la Charte des droits

fondamentaux de l'Union européenne, comme ce fut le cas récemment avec le principe de légalité des infractions pénales et des peines (Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, arrêt du 5 décembre 2017 dans l'affaire C-42/17, *M.A.S., M.B.*) » ; ainsi que lorsqu'il est réaffirmé que le juge constitutionnel traite la question à l'aune des paramètres internes et européens, selon l'ordre approprié, « également dans le but d'assurer que les droits garantis par la Charte des droits précitée sont interprétés en harmonie avec les traditions constitutionnelles ». De toute évidence, les juges du *Palazzo della Consulta* sont désireux de jouer leur rôle de *vox constitutionis* même lorsqu'il s'agit de montrer à l'Europe ce qui non seulement structure l'identité nationale italienne, mais contribue à la conformation des mêmes droits fondamentaux que les principes généraux du droit communautaire (art. 4, § 2, et 6, § 3, TUE).

Concernant les relations avec la Cour de Strasbourg, on va, avec les différences qui s'imposent, dans la même direction. La jurisprudence constitutionnelle qui a clarifié, limité, voire réduit en partie l'ouverture historique faite par les décisions dites jumelles a été, après quelques affirmations peut-être exagérées, utile à la même cause : elle a mis en évidence les difficultés sous-jacentes aux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme qui souvent ne se prêtent pas à être généralisées par des déclarations d'inconstitutionnalité (il suffit de penser à la jurisprudence sur les retraites suisses de la décision n° 264/2012 et plus récemment

à la décision n° 166/2017) et a pris conscience que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est bien sûr casuistique, de sorte qu'il lui est parfois difficile de s'exprimer au moyen de lignes directrices claires en matière de principes (décision n° 49/2015). Dans de nombreux arrêts (voir M. CARTABIA, P. FARAGUNA, M. MASSA, D. TEGA, *Developments in Italian constitutional law : The year 2016 in review*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2017, p. 763 et s.), il apparaît un double effort de la Cour constitutionnelle : 1) signaler à l'interlocuteur européen, censé s'intéresser à une affaire donnée, les principes constitutionnels et les raisons structurantes d'un aspect particulier de l'ordre juridique italien (par exemple, décision n° 276/2016, sur la loi dite Severino à la lumière de l'art. 7 CEDH) ; 2) comprendre exactement ce que la Cour européenne des droits de l'homme avait l'intention de déclarer, afin de décourager les tendances parfois émergentes visant à absolutiser ou simplifier les décisions de Strasbourg. Ceci s'adresse aussi clairement aux juges du fond : ils sont des alliés indispensables pour mettre en œuvre la stratégie dans laquelle s'insère la décision n° 269 ; la décision n° 49 a également participé du message que la Cour constitutionnelle voulait leur envoyer ; ils sont certainement appelés à réfléchir, à faire des choix et à assumer des responsabilités particulièrement lourdes.

On peut conclure que la Cour constitutionnelle est sincère lorsqu'elle affirme qu'elle agit dans « un cadre de coopération constructive et loyale entre les différents systèmes de protection, dans lequel les cours constitutionnelles sont appelées à renforcer le dialogue avec la Cour de justice (dernièrement, l'ordonnance n° 24 de 2017), afin d'assurer la protection maximale des droits au niveau systémique (article 53 de la Charte des droits fondamentaux) ». C'est grâce à ce type d'attitude que nous pouvons avoir un véritable dialogue, certainement pas toujours irénique, avec nos collègues européens - qui ne sont pas eux-mêmes toujours entre eux pacifiques, comme le montre le cas de l'échec de l'UE à adhérer à la CEDH. ■ *traduction Julien Giudicelli*

Que représente donc cette décision ?

Il s'agit sans aucun doute d'un rappel à l'ordre pour les juges du fond : lorsque les droits constitutionnels sont en jeu, et non les libertés économiques classiques du droit de l'UE, il convient de s'adresser en premier lieu au juge constitutionnel.