



HAL
open science

Constitution nationale et normes européennes dans les jurisprudences constitutionnelles, (Allemagne, Italie, Espagne).

Jean Fougerouse

► **To cite this version:**

Jean Fougerouse. Constitution nationale et normes européennes dans les jurisprudences constitutionnelles, (Allemagne, Italie, Espagne).. *Politeia* [Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel], 2014, 25, pp.239-262. hal-03425503

HAL Id: hal-03425503

<https://hal.science/hal-03425503v1>

Submitted on 7 Feb 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.

CONSTITUTION NATIONALE
ET NORMES EUROPÉENNES
DANS LES JURISPRUDENCES CONSTITUTIONNELLES
(ALLEMAGNE, ITALIE, ESPAGNE)

Par Jean FOUGEROUSE

*Maître de conférences HDR
Université d'Angers
Centre Jean Bodin, recherche juridique et politique
(UPRES EA n° 4337)*

SOMMAIRE

- I.** – DES NORMES CONSTITUTIONNELLES INTANGIBLES PEUVENT EMPÊCHER LA CRÉATION DE NORMES EUROPÉENNES
 - A.** – *L'identification de normes constitutionnelles intangibles*
 - 1.** – *La reconnaissance de normes constitutionnelles intangibles*
 - 2.** – *Le contenu plastique des normes constitutionnelles intangibles*
 - B.** – *L'opposition des normes intangibles à la création de normes européennes*
 - 1.** – *Les normes intangibles peuvent s'opposer à la formation des normes européennes*
 - 2.** – *Les normes intangibles doivent constamment être respectées par les normes européennes*
- II.** – DES NORMES CONSTITUTIONNELLES INTANGIBLES PEUVENT S'OPPOSER À L'APPLICATION DE NORMES EUROPÉENNES
 - A.** – *Une acceptation du principe de primauté des normes européennes conditionnée par le respect des normes intangibles*
 - 1.** – *L'adhésion progressive des juges constitutionnels au principe de primauté*
 - 2.** – *Une application du principe de primauté conditionnée par le respect des normes intangibles*
 - B.** – *Un contrôle réduit du respect des normes intangibles lors de l'application des normes européennes*
 - 1.** – *Un contrôle résiduel*
 - 2.** – *Un contrôle partagé*

Les rapports entre Constitution nationale et normes européennes font régulièrement l'objet de débats de nature autant politique que juridique. Cela est tout à fait naturel au regard de la question fondamentale sous-jacente à ces débats, à savoir la concurrence des légitimités nationales et européenne et en arrière-plan, la concurrence entre, d'un côté, l'élaboration d'un ordre juridique européen intégrant les ordres nationaux en tant que préfiguration d'un État fédéral et, de l'autre côté, le maintien des « identités » nationales et étatiques¹. Il s'agit donc d'aborder ici la « lancinante question de la hiérarchie respective de la Constitution et (...) du droit européen (...) lorsqu'ils entrent en conflit »².

L'objet de cette étude sera limité à l'examen de la jurisprudence des juges constitutionnels dans trois pays membres de l'Union européenne : l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne. En effet, d'une part, l'étude des jurisprudences italienne et allemande est intéressante par le rôle déterminant qu'elles ont joué dans l'application générale du droit européen³. D'autre part, l'analyse de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol apporte un éclairage particulier pour les Français dans la mesure où certaines dispositions de la charte fondamentale ibérique sont proches de la rédaction de la Constitution de 1958 concernant les rapports entre les normes européennes et les normes constitutionnelles.

De manière générale, il ressort des différentes positions adoptées par ces cours, que les normes constitutionnelles forment intrinsèquement un obstacle dressé devant les normes européennes. Deux suprématies se confrontent en effet : celle du système normatif de l'Union européenne sans laquelle aucun ordre juridique commun n'est possible et celle des Constitutions nationales en l'absence de laquelle l'État et le système juridique national n'ont plus de consistance. Il ne s'agira pas ici de défendre une thèse en faveur de l'une de ces suprématies, non plus que de découvrir un remède miracle permettant la conciliation de ces deux tensions, mais plus modestement de contribuer à la compréhension de ce phénomène et à le mettre en perspective par l'étude des jurisprudences des cours constitutionnelles des trois pays étudiés.

Or l'étude de ces jurisprudences montre que les juges nationaux se sont efforcés de mettre en place des mécanismes de garantie, parfois sophistiqués, dont le but est de s'assurer d'une maîtrise minimale du rapport entre les normes constitutionnelles et européennes. Cette maîtrise s'appuie sur la notion de norme constitutionnelle intangible permettant aux juges nationaux d'avoir, en quelque sorte, formellement, le dernier mot dans la confrontation avec le juge européen.

Cependant, au-delà de ces apparences conflictuelles, il apparaît, parfois de manière évidente mais le plus souvent en filigrane, que les juges constitutionnels veulent éviter de s'opposer frontalement aux normes européennes. De sorte que,

¹ Sur ce point voir, parmi une littérature abondante, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Cahiers européens*, n° 1, Pédone, 2011, p. 155 et s.

² J.-M. SAUVE, « Justice administrative et Etat de droit, intervention à l'IEJ », Panthéon-Assas, 10 février 2014, p. 5.

³ On pense notamment aux célèbres arrêts *Costa* ou *Simmenthal* devant la Cour italienne et le juge européen.

leur jurisprudence tend à s'ajuster progressivement en fonction de l'évolution même de l'Union européenne (notamment en matière de droits fondamentaux, de répartition des compétences entre les États et l'Union, ou du caractère démocratique de l'Union).

C'est cette confrontation mesurée qui va faire l'objet des développements qui suivent. On pourra constater en effet que des normes constitutionnelles intangibles peuvent empêcher la création des normes européennes (I) ainsi que l'application des normes européennes (II).

I. – DES NORMES CONSTITUTIONNELLES INTANGIBLES PEUVENT EMPÊCHER LA CRÉATION DE NORMES EUROPÉENNES

En identifiant des normes constitutionnelles intangibles (A), empêchant même, le cas échéant, une révision de la Constitution, les juges constitutionnels peuvent s'opposer à la création de normes européennes (B).

A. – *L'identification de normes constitutionnelles intangibles*

Le principe même de normes intangibles soulève de nombreuses interrogations sur le plan de la logique et de la terminologie juridique car elles bouleversent la perception même de la Constitution (une norme qui ne peut faire l'objet d'une révision est forcément supérieure à celle-ci ; on peut toujours réviser la clause qui empêche la révision...). En effet, des normes constitutionnelles sont intangibles dans la mesure où elles ne peuvent pas faire l'objet d'une révision constitutionnelle ou d'une quelconque remise en cause. Les juges constitutionnels italien, allemand puis espagnol ont fait ainsi émerger une telle catégorie de normes (1), dont le contenu reste cependant parfois délicat à déterminer (2).

1. – *La reconnaissance de normes constitutionnelles intangibles*

En Allemagne, la Constitution pose elle-même certaines limites intangibles, que le juge n'a fait que développer. Ainsi, l'article 79 de la Constitution indique : « *Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* », sachant que l'article 1 prévoit que « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger* » et que l'article 20 précise : « *1°) La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social. 2°) Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. 3°) Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. 4°) Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible* ». Le caractère non modifiable renvoie à une interdiction de mettre en œuvre une révision de la Constitution qui aurait pour objet de remettre en cause une des normes intangibles désignées par la Constitution. Évidemment, ce raisonnement repose sur le fait que

l'article 79 lui-même est intangible, ce qui est un dogme défendu par la doctrine⁴, cohérent avec le principe même de la différenciation du pouvoir constituant et du pouvoir constitué et, par voie de conséquence, de la limitation inhérente à ce pouvoir constitué. Cet obstacle à toute révision a été étendu par l'article 23 de la Constitution (introduit en 1992) qui précise que « *Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale.* » Cette disposition applique ainsi implicitement la limitation des normes intangibles aux traités relatifs à l'Union européenne, puisque ceux-ci sont conditionnés par des valeurs (principe fédératif,...) qui correspondent matériellement à ceux que l'article 79 décrit comme des normes intangibles.

En Italie, la Cour constitutionnelle italienne n'a pas suivi « *une ligne logiquement uniforme* »⁵. Elle a d'abord semblé réticente à reconnaître l'existence de limites à la révision de la Constitution⁶ et donc de normes constitutionnelles intangibles. Puis, rapidement, elle s'est ralliée à la position majoritaire de la doctrine⁷ selon laquelle, une interprétation globale des dispositions constitutionnelles conduisait à admettre l'existence de normes constitutionnelles intangibles. En effet, il est assez facile d'inférer de telles normes à partir de différentes dispositions constitutionnelles, notamment l'article 139 (« *La forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision de la Constitution* »), l'article 1 (« *L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail. La souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les formes et dans les limites de la Constitution* »), l'article 5 (la République est « *indivisible* ») et les articles 13 et suivants de la Constitution (qui déclarent des droits « *inviolables* »).

Pratiquement, c'est dans le cadre du contrôle de lois appliquant les Pactes du Latran que la Cour a conféré pour la première fois une forme d'intangibilité à certaines normes constitutionnelles⁸. Le juge a effet reconnu que les accords entre l'Église catholique et l'État conclus sur la base de l'article 7 de la Constitution ne pouvaient pas « *contredire les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel de l'État* »⁹. Ces principes ne coïncident pas avec une catégorie explicitement prévue

⁴ M. FROMONT, « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP*, 2007, p. 95.

⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Tome II, CEDAM, 5^e éd., 1984, p. 324.

⁶ Dans les décisions n° 56 de 1957 et n° 111 de 1963, la Cour assure le contrôle d'une loi, qu'elle qualifie elle-même d'ordinaire et non de loi constitutionnelle, mais laisse entendre que si elle n'avait pas été une loi ordinaire et donc une loi constitutionnelle, elle n'aurait pas pu la contrôler, signifiant donc implicitement qu'elle refuserait de contrôler une révision de la Constitution (voir V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, précité, p. 324).

⁷ Voir R. GUASTINI, *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993, p. 101-103.

⁸ Ce sont les droits de la défense consacrés par l'article 24 de la Constitution que la Cour a dans cette affaire considérés comme un des « *principes suprêmes de l'ordre juridique* ».

⁹ Décisions n° 30 de 1971 ; 12 de 1972 ; 175 de 1973 ; 1 de 1977 ; 18 de 1982.

par la Constitution et n'émergent qu'à travers la jurisprudence de la Cour¹⁰. Cette dernière a ensuite étendu l'opposition de ces principes suprêmes aux normes européennes : « *des limitations de souveraineté ont été consenties par l'article 11 de la Constitution uniquement pour atteindre les buts qui y sont indiqués*¹¹ ; *il faut donc exclure que ces limitations, concrètement mises en œuvre par le traité de Rome – ratifié par des Pays dont les ordres juridiques se fondent sur les principes de l'État de droit et garantissent les libertés essentielles des citoyens – puissent donc inclure au profit des organes de la CEE un pouvoir de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou des droits inaliénables de la personne humaine* »¹².

Dans un premier temps, le juge a utilisé ces principes uniquement pour gérer les rapports entre la Constitution et les ordres juridiques auxquels la Constitution renvoie¹³. Puis, elle a élargi son utilisation à des fins internes, en considérant que ces principes ont « *une valeur supérieure aux autres normes constitutionnelles* »¹⁴. En particulier, ils résistent à toute révision de la Constitution, car le juge considère qu'il s'agit de principes « *qui qualifient de manière indéfectible et nécessaire l'ordre juridique en vigueur* »¹⁵ et ne sont donc pas susceptibles d'être remis en cause dans le cadre de la Constitution républicaine.

En somme, la Cour constitutionnelle a pu affirmer, selon une interprétation globale de la question des normes intangibles que : « *La Constitution italienne contient certains principes suprêmes qui ne peuvent pas être altérés ou modifiés dans leur contenu essentiel par une loi de révision constitutionnelle ou toute autre loi constitutionnelle. Il s'agit aussi bien des principes que la Constitution elle-même décrit expressément comme des limites absolues au pouvoir de révision de la Constitution, à savoir la forme républicaine (article 139 de la Constitution), que des principes qui, bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux qui ressortent de la procédure de révision constitutionnelle, constituent l'essence même des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne* »¹⁶. Et, concernant les rapports avec les ordres juridiques extérieurs à l'Italie, la Cour justifie ainsi sa position : « *la volonté d'ouverture de l'ordre juridique italien (...) rencontre des limites permettant d'en garantir l'identité* »¹⁷.

En Espagne, le juge constitutionnel a adopté une position plus complexe quant aux normes intangibles, fondée sur l'idée d'une capacité d'ouverture de la Consti-

¹⁰ R. RICCI, *La Cour constitutionnelle italienne et la résolution des conflits de normes, la rationalisation des rapports normatifs*, Thèse, Toulon, 1997, p. 215.

¹¹ C'est-à-dire pour établir « *un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations* ».

¹² Décision n° 183 de 1973 ; 170 de 1984.

¹³ Notamment le renvoi au Concordat, par l'article 7 de la Constitution et celui aux normes communautaires par l'article 11 (R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 14^e éd., 2013, p. 355).

¹⁴ Décision n° 1146 de 1988, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2001, p. 324-325.

¹⁵ Décision n° 62 de 1992.

¹⁶ Décision n° 1146 de 1988.

¹⁷ Décision n° 73 de 2001.

tution devant être conciliée avec la préservation de certaines valeurs essentielles. Il est vrai que la Constitution ne mentionne explicitement qu'une limite à la révision de la Constitution dans son article 169 : « *On ne pourra pas entreprendre une révision constitutionnelle en temps de guerre ou tant que demeurera en vigueur l'un des états prévus à l'article 116* »¹⁸. Il s'agit donc d'une limite purement temporelle, mais renvoyant implicitement toutefois au fait que la révision de la Constitution nécessite des conditions d'exercice de la démocratie qui ne sont pas remplies dans les périodes visées. Par ailleurs, il existe une limite relative, dans la mesure où certaines parties de la Constitution (notamment parmi celles-ci, celle relative aux droits fondamentaux) ne peuvent être modifiées que sur la base d'une procédure de révision plus restrictive¹⁹. Enfin, contrairement au système allemand ou à l'interprétation du juge en Italie, le texte constitutionnel espagnol ne repose pas sur une distinction aussi franche entre le pouvoir constitutionnel originaire et dérivé puisque la « *révision totale* » de la Constitution est théoriquement envisageable²⁰. Ces données expliquent dans une large mesure la position subtile du juge constitutionnel. Ainsi, le Tribunal espagnol estime que « *la suprématie de la Constitution ne doit pas se confondre avec une exigence d'adhésion positive à la norme fondamentale, parce qu'une "démocratie militante" n'a pas sa place dans notre ordre constitutionnel* »²¹. En effet, l'ordre constitutionnel espagnol est « *un modèle dans lequel s'impose non le respect mais l'adhésion positive à l'ordre juridique et, en premier lieu, à la Constitution* »²². De sorte que « *les idées qui veulent être défendues ont leur place dans notre ordre constitutionnel* »²³, et surtout qu'il « *n'existe pas un noyau de normes inaccessibles aux procédures de réforme constitutionnelle* »²⁴. Alors que cette dernière formule semble être une déclaration définitive sur l'inexistence même du concept de norme intangible, le Tribunal soutient néanmoins de manière concomitante que « *la mise en avant de conceptions qui prétendent modifier l'ordre constitutionnel même, a sa place dans l'ordre constitutionnel, dès lors qu'elle ne se prépare ou ne se défend pas au travers d'une activité qui porte atteinte aux principes démocratiques, aux droits fondamentaux ou aux autres missions constitutionnelles et que sa mise en œuvre effective se réalise dans le cadre des procédures de réforme de la Constitution, c'est-à-dire que le respect de ces procédures est dans tous les cas incontournable* »²⁵. Cette dernière assertion laisse donc clairement penser que certains changements constitutionnels

¹⁸ L'article 116 de la Constitution décrit trois situations de crise : « *l'état d'alerte, l'état d'exception et l'état de siège* ».

¹⁹ En vertu de l'article 168 de la Constitution.

²⁰ Article 168 de la Constitution (même si cela nécessite de remplir des conditions supplémentaires par rapport à une révision ordinaire).

²¹ Décision du 25 mars 2014 relative à la déclaration de souveraineté de la Catalogne (FJ3, point c). Allusion sans nul doute à la conception de la doctrine allemande de la « *démocratie combattante* » (M. FROMONT, « La révision de la Constitution... », précité, p. 104).

²² Décision n° 48 de 2003 (FJ7).

²³ Décision du 25 mars 2014 relative à la déclaration de souveraineté de la Catalogne (FJ3, point c).

²⁴ Décision n° 31 de 2009 (FJ13).

²⁵ Décision du 25 mars 2014 relative à la déclaration de souveraineté de la Catalogne (FJ3, point c) ; dans le même sens, décision n° 103 de 2008, FJ4.

ne sont pas possibles (respect des principes démocratiques et des droits fondamentaux notamment), et donc, que, malgré la première formule employée, le juge se rattache à l'existence d'un noyau de normes intangibles²⁶.

Quoi qu'il en soit, s'inspirant des exemples italiens et allemands, le Tribunal constitutionnel a reconnu des normes constitutionnelles opposables aux normes européennes à l'occasion de deux déclarations adoptées dans le cadre du mécanisme (prévu par l'article 95 de la Constitution²⁷) permettant de résoudre préventivement une contradiction entre la Constitution et un traité. Saisi d'abord de la constitutionnalité du traité de Maastricht de 1992, il a posé que ni le pouvoir souverain (la compétence de la compétence) ni le pouvoir de révision de la Constitution ne pouvait faire l'objet d'un transfert au profit d'une organisation ou d'une institution internationale²⁸. Ce faisant, le juge a implicitement consacré l'existence d'une norme intangible (ne pouvant pas elle-même être modifiée) en se fondant sur la nécessaire « *suprématie de la Constitution* »²⁹, issue de l'article 9-1 de la Constitution espagnole³⁰. Cependant, le juge s'était finalement borné à comparer les deux textes en imposant une révision préalable de la Constitution pour la rendre compatible avec le traité, ce qui avait attiré des critiques sur cette interprétation trop formaliste de la confrontation entre Constitution et traité³¹. Saisi ensuite de l'examen de constitutionnalité en 2004 de la compatibilité du traité instituant la Constitution européenne, le Tribunal constitutionnel est allé plus loin, en déterminant ce que la Constitution espagnole autorisait et ce qu'elle interdisait au titre du transfert de compétence au profit de l'Union européenne, posé par l'article 93 de la Constitution³². Le juge a alors établi de manière implicite mais certaine, non pas seulement

²⁶ La conciliation des expressions apparemment contradictoires du juge peut être établie sur la base d'une distinction entre d'un côté des dispositions constitutionnelles qui pourraient toujours faire l'objet d'une révision constitutionnelle et de l'autre des normes ou principes constitutionnels, qui reçoivent des concrétisations partielles dans les dispositions constitutionnelles, mais qui ne se résument pas à ces dispositions et constituent au contraire des fondements de la Constitution en terme de « valeurs » (dans ce sens, voir H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 151 et s).

²⁷ Cet article prévoit un dispositif du même ordre que celui prévu par l'article 54 de la Constitution française, puisqu'il est indiqué que : « *La conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution devra être précédée d'une révision de celle-ci. Le Gouvernement ou l'une ou l'autre Chambre peut faire appel au Tribunal constitutionnel pour qu'il déclare s'il y a ou non contradiction.* »

²⁸ « *Le pouvoir de révision de la Constitution n'est pas une compétence dont l'exercice pourrait faire l'objet d'une cession et la Constitution ne tolérerait pas davantage d'être révisée par d'autres voies que celle de son titre X* » (Déclaration n° 1 de 1992).

²⁹ Déclaration n° 1 de 1992 ; F. MODERNE, « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA*, 2005, p. 45.

³⁰ « *Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique* ».

³¹ Voir L. BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 18, note 18.

³² « *Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux Cortès générales ou au Gouvernement, selon les cas, de*

que le traité était ou non compatible avec la Constitution (avec comme solution soit la ratification du traité soit la révision de la Constitution), mais que certaines normes ne pouvaient pas faire l'objet d'une contradiction avec la Constitution, c'est-à-dire que la Constitution ne pourrait pas être modifiée pour la rendre compatible avec un traité européen qui ne respecterait pas ces normes. Le juge a donc signifié le caractère intangible de ces normes (tout au moins en ce qui concerne le rapport avec un système juridique extra-national). Ainsi : « *la cession de l'exercice de compétences à l'Union européenne et l'intégration consécutive du droit communautaire dans notre propre droit imposent d'inévitables limites aux pouvoirs souverains de l'État, limites qui ne sont acceptables que dans la mesure où le droit européen est compatible avec les principes fondamentaux de l'État démocratique et social de droit institué par la Constitution nationale. De ce fait, la cession que l'article 93 rend constitutionnellement possible comporte à son tour des limites matérielles qui s'imposent à elle. Si elles ne figurent pas explicitement dans le précepte constitutionnel, elles découlent implicitement de la Constitution et de la signification essentielle du précepte lui-même* »³³. Il s'avère donc que des limites intangibles s'imposent, même si leur champ d'application (interne ou externe) est laissé dans un certain flou. Au total, on peut donc affirmer que les juges constitutionnels allemand, italien et espagnol ont reconnu le principe de normes intangibles. Il reste encore à déterminer le contour souvent délicat de ces normes.

2. – *Le contenu plastique des normes constitutionnelles intangibles*

Le contenu de ces normes intangibles est sujet à interprétation tant la notion est large et parfois floue³⁴. Il ressort cependant de la jurisprudence convergente de trois juges³⁵, que ces normes appartiennent à deux catégories : d'une part des règles de structure, d'autre part des droits fondamentaux de la personne.

Au titre des règles de structure, les jurisprudences constitutionnelles ont fait apparaître sous la forme d'une norme intangible, l'impossibilité du transfert, à une structure externe à l'État, de la souveraineté normative, c'est-à-dire de la compétence de la compétence. Il s'agit en effet d'empêcher la disparition de l'État en tant qu'ordre normatif autonome³⁶. En Espagne, cette consécration jurisprudentielle a d'abord été implicite : sans en tirer d'abord des conséquences en termes d'impossibilité de révision de la Constitution, le Tribunal constitutionnel a affirmé que le principe de la souveraineté nationale était « *la base de tout notre ordre juri-*

garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences. »

³³ Déclaration n° 1 de 2004.

³⁴ Notamment en Italie, où l'expression « *principe suprême* » renvoie à une distinction nécessaire entre ce qui relève du « *principe* » et ce qui relève de la norme de détail et complexifie donc considérablement la détermination du contenu des normes intangibles. Ce à quoi il faut ajouter que la Cour italienne a retenu un contenu ouvert et non fermé de ces « *principes* », lesquels peuvent être aussi bien explicites qu'implicites (décision n° 1146 de 1988).

³⁵ Seul le juge constitutionnel est compétent pour délimiter les principes intangibles ; voir par exemple, en Italie, l'ordonnance 454 de 2006.

³⁶ J.-P. DEROSIER, « Noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne », *Politeia*, 2012, p. 330.

dique »³⁷. Puis il a procédé à une détermination plus explicite : « *Le transfert constitutionnel que l'article 93 permet a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles – qui ne sont pas explicitement exposées dans la disposition constitutionnelle, mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même – se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'État* »³⁸. En Allemagne, cette limite a été formulée de manière explicite³⁹, tandis qu'en Italie elle reste implicite⁴⁰. Pour autant, le transfert de compétences étant validé dans les différents systèmes juridiques, l'interdiction de transfert de la souveraineté normative prend aussi un aspect quantitatif : c'est la question du seuil des compétences transférées au-delà duquel le principe de souveraineté serait vidé⁴¹.

Toujours concernant les règles structurelles, la forme de l'État a fait l'objet d'une protection sous la forme d'une norme intangible. C'est ainsi que le caractère fédéral de l'Allemagne a été explicitement qualifié d'intangible⁴², tandis que le caractère régional de l'État a été seulement reconnu implicitement en Espagne⁴³.

³⁷ Décision n° 6 de 1981, FJ3, dans le même sens voir les décisions n° 12 de 2008, n° 13 de 2009, 31 de 2010.

³⁸ Déclaration n° 1 de 2004, dans le même sens, voir la déclaration n° 1 de 1992.

³⁹ Voir notamment la décision de la Cour constitutionnelle du 12 septembre 2012, relative au traité MES du 2 février 2012 et au TSCG du 2 mars 2012, voir M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 2012 », *RDP*, 2013, p. 1033 et s.

⁴⁰ D'une part, l'article 11 de la Constitution précise que l'Italie « *consent (...) aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations* », ce qui peut être facilement interprété comme une autorisation limitée d'un transfert de souveraineté et donc comme une impossibilité de transférer le pouvoir souverain (voir notamment la décision n° 183 de 1973). D'autre part, concernant la tentative des régions de développer un pouvoir souverain concurrent à l'État, par le truchement des statuts régionaux, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de montrer que l'État conservait par principe cette compétence de la compétence (décision n° 365 de 2007).

⁴¹ Question sur laquelle, il est évident qu'il est difficile de faire autre chose que des supputations ou d'avancer des évidences.

⁴² Décision du 30 juin 2009 relative au traité de Lisbonne (*BVerfG*, 2 *BvE* 2/08).

⁴³ Dans la déclaration de 2004, précitée, le Tribunal constitutionnel espagnol estime que le respect des « *structures constitutionnelles de base* » est un principe intangible. Or, il est indubitable que les Communautés autonomes espagnoles font partie de ces structures. Pour autant « *l'unité indissoluble de la Nation* » consacrée par l'article 1.2 de la Constitution apparaît au vu de sa rédaction péremptoire comme un principe indépassable et donc non sujet à révision : dans ce sens, le Tribunal a pu indiquer que la Constitution elle-même était « *fondée sur l'unité de la nation espagnole* » (Décision n° 31 de 2010). Toutefois, l'ombre d'un doute plane sur ces questions avec la décision du 25 mars 2014 relative à la déclaration de souveraineté de la Catalogne, car le Tribunal y déclare que « *la reconnaissance du fait que le peuple de Catalogne devienne un "sujet politique et juridique souverain" est contraire aux articles 1.2 et 2 de la Constitution ainsi qu'aux articles 1 et 2.4 du Statut de la Catalogne, en corrélation avec les articles 9.1 et 168 de la Constitution (...) en ce que ces articles consacrent respectivement les principes de suprématie de la Constitution et qu'ils soumettent la réforme du Titre préliminaire de celle-ci, parmi d'autres principes, à une procédure et à des conditions déterminées* » (FJ3). Cette formulation laisse place à une interprétation favorable à une révision du titre préliminaire (certes conditionnée) mais

En Italie, le caractère régional apparaît au travers d'une position de la jurisprudence constitutionnelle, emblématique d'une approche qui ne manque pas d'incertitudes, d'ambiguïtés, voire de contradictions. En effet, la forme d'État régionale n'est pas consacrée en tant que telle comme un principe suprême de l'ordre juridique. Cependant, d'une part, la Cour constitutionnelle a reconnu implicitement mais nécessairement⁴⁴ le principe d'unité comme un principe constitutionnel intangible⁴⁵, en s'appuyant sur un des « *principes fondamentaux* »⁴⁶ consacrés par la Constitution selon laquelle « *la République [est] une et indivi-*

affaiblissant la thèse du caractère intangible de certaines normes constitutionnelles (et en particulier de la suprématie de la Constitution). Cette interprétation négative est renforcée par l'effort fait par le Tribunal pour maintenir en vigueur une partie de la déclaration catalane, et notamment le choix de considérer comme conforme à la Constitution « *le droit à décider des citoyens catalans* » au motif que loin de faire fi de la souveraineté du peuple espagnol, elle serait « *une aspiration politique qui peut être atteinte grâce à un processus conforme à la légalité constitutionnelle* » (FJ3). Ce raisonnement affaiblit clairement la possibilité qu'existent même des normes intangibles : il « *n'existe pas un noyau de normes inaccessibles aux procédures de réforme constitutionnelle* » (décision n° 31 de 2009, FJ13). Cependant, la Cour affirme aussi que « *la mise en avant de conceptions qui prétendent modifier l'ordre constitutionnel même a sa place dans l'ordre constitutionnel, dès lors qu'elle ne se prépare ou ne se défend pas au travers d'une activité qui porte atteinte aux principes démocratiques, aux droits fondamentaux ou aux autres missions constitutionnelles et que la volonté de sa mise en œuvre effective se réalise dans le cadre des procédures de réforme de la Constitution, c'est-à-dire que le respect de ces procédures est dans tous les cas incontournable* » (décision du 25 mars 2014, FJ4). Il est certain que le malaise des juges est perceptible pour traiter cette question particulièrement explosive (la décision de la Cour a d'ailleurs été « *rejetée* » par le gouvernement catalan qui se dit prêt à jouer son va-tout en procédant, si nécessaire, à une déclaration unilatérale d'indépendance, S. MOREL, « *La justice espagnole rejette la déclaration de souveraineté* », *Le Monde* 27 mars 2014, p. 5).

⁴⁴ En effet, la Cour a eu l'occasion d'examiner la constitutionnalité d'une loi régionale qui attribuait au Conseil régional, auteur de cette loi, la dénomination de « *parlement régional* ». La région défendait l'idée selon laquelle la région disposait d'une nouvelle liberté du fait de la révision constitutionnelle de 2001 et que cette liberté allait jusqu'à la capacité de changer le nom de son organe législatif. Le juge s'est donc penché sur l'interprétation à donner à la révision de la Constitution et il a conclu que cette révision ne pouvait pas être interprétée comme remettant en cause le principe de l'unité nationale caractérisé par l'existence d'un parlement national incarnant l'unité de l'expression de la volonté nationale (décision n° 106 de 2002). On peut induire de ce raisonnement que la Cour s'est appuyée sur un principe suprême de l'ordre juridique pour mesurer la validité et l'interprétation de la révision de 2001 (voir dans ce sens, A. BONOMI, « *Unità nazionale-Regioni : "l'una contro l'altra armata ?"* », *Le Regioni*, 2004, p. 82).

⁴⁵ Dans un contexte d'incertitude terminologique, la Cour avait déjà estimé auparavant que le principe d'unité était un « *intérêt suprême* » et un élément « *incontournable* » (décision n° 86 de 1977) ; dans le même sens, voir aussi la décision n° 14 de 2004.

⁴⁶ Douze principes fondamentaux forment une sorte de partie préliminaire de la Constitution. La position de cet article dans la Constitution a évolué au cours des travaux préparatoires, passant de la partie réservée aux autonomies locales à celle dédiée aux principes fondamentaux (G. BERTI, « *Art. 5* », in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1975, p. 121)

sible »⁴⁷. Elle a rejoint ainsi la doctrine qui défendait l'existence d'un tel principe depuis plusieurs années⁴⁸. D'autre part, la Cour a reconnu que le principe du pluralisme constituait aussi un principe suprême de l'ordre juridique⁴⁹, or l'autonomie régionale est une des formes institutionnelles du principe pluraliste. Au total, le juge du *Palazzo della Consulta* a donc reconnu sous la forme de deux principes suprêmes les deux éléments principaux définissant l'État régional⁵⁰ : le principe d'unité de la République et le principe de pluralisme. Pour autant, que ce soit en Espagne, en Italie ou en Allemagne, le caractère intangible de la forme d'État concerne le modèle général pour lequel a opté l'État : l'intangibilité ne s'étend pas à la protection d'un degré précis de répartition entre les entités nationales⁵¹. En outre, en Italie, la forme de l'État renvoie à la forme républicaine : à ce titre, le « *principe suprême de la laïcité* » (induit des articles 2, 3 et 19 de la Constitution en combinaison avec les articles 7, 8 et 20) « *est une des caractéristiques de la forme de l'État établie par la Charte constitutionnelle de la République* »⁵², et à ce

⁴⁷ Article 5 de la Constitution. On retrouve explicitement ce principe dans plusieurs dispositions constitutionnelles : l'article 120 alinéa 2 (« *le Gouvernement peut se substituer aux organes des Régions, des Villes métropolitaines, des Provinces et des Communes en cas de manquement aux normes et traités internationaux ou à la réglementation communautaire, ou bien en cas de risque grave encouru par la sécurité publique ou lorsque la protection de l'unité juridique ou de l'unité économique l'exigent et en particulier la protection des niveaux essentiels des prestations concernant les droits civils et sociaux, indépendamment des limites territoriales des gouvernements locaux* »), l'article 118 alinéa 1 (« *Les fonctions administratives sont attribuées aux Communes sauf, pour en assurer un exercice unitaire, si elles sont attribuées aux Provinces, aux Villes métropolitaines, aux Régions et à l'État, sur la base des principes de subsidiarité, de différenciation et d'adaptation* ») et l'article 119 alinéa 5 (qui permet à l'État d'intervenir dans le domaine de l'autonomie financière des régions au nom de la « *cohésion et de la solidarité* »).

⁴⁸ « *Il ne fait aucun doute que la double prescription de l'unité et de l'indivisibilité... exprime des principes suprêmes indépassables (même sous la forme d'une révision de la Constitution) parce qu'ils font partie des valeurs qui fondent la République* » (U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale, Le Regioni*, 1995, p. 20) ; voir aussi C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana, saggi*, CEDAM, 1954, p. 67 et s ; R. GUASTINI, *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, précité, p. 104 .

⁴⁹ Décision n° 15 de 1996.

⁵⁰ Sur la notion d'État régional, voir J. FOUGEROUSE (dir.), *L'État régional, une nouvelle forme d'État ?*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 405 p.

⁵¹ Ainsi, en Italie, l'interprétation des règles de répartition des compétences entre l'État et les régions, doit être conforme aux règles européennes : « *lors de la mise en oeuvre du droit communautaire, la définition de la répartition interne des compétences entre l'Etat et les Régions en matière de compétence concurrente (...), il est nécessaire d'analyser le contenu spécifique, les buts et les exigences imposées au niveau communautaire* » (décision n° 336 de 2005). Plus crûment encore, « *l'éventuelle altération de la répartition des compétences entre l'autorité nationale et les régions, due à des normes communautaires, de manière suffisamment évidente (...) ne peut être contrôlée par cette Cour (...) sauf si ces normes européennes sont contraires aux principes suprêmes de la Constitution* » (décisions n° 126 et 1996, n° 93 de 1997). On peut constater cette même souplesse dans la cas allemand (M. FROMONT, « *Les règles intangibles...* », précité, p. 99 et s ; J.-P. DEROSIER, « *Le noyau constitutionnel* », précité, p. 332).

⁵² Décision n° 203 de 1989.

titre correspond au caractère intangible de la forme républicaine établi par l'article 139 de la Constitution⁵³.

Enfin, parmi les règles structurelles, on peut ranger le caractère démocratique du pouvoir et le principe de séparation des pouvoirs. Quant au caractère démocratique de l'État, il est fondé, en Allemagne, sur l'article 20 de la Constitution, auquel renvoie l'article 79 lequel lui communique sa valeur intangible. En Italie, le principe démocratique est protégé par la combinaison de l'article 139 de la Constitution avec l'article 1 de la Constitution, auxquels on peut rapprocher le principe de « *protection du pluralisme* » consacré aussi comme une norme intangible⁵⁴, ainsi que celui de la « *protection des minorités linguistiques* »⁵⁵. En Espagne, le Tribunal a considéré de même comme « *une valeur supérieure de notre ordre juridique, le principe du pluralisme politique* »⁵⁶ et plus largement que « *le principe démocratique* » est une « *valeur supérieure de notre ordre juridique* »⁵⁷, qui implique « *la plus grande correspondance possible entre gouvernants et gouvernés* », « *le principe majoritaire* », la capacité d'action de la « *minorité* », car la démocratie est « *importante autant comme une procédure que comme un résultat* »⁵⁸. Quant au principe de séparation des pouvoirs, au moins sous son angle de distinction des organes de décision, il est explicitement garanti en Allemagne par l'article 20 de la Constitution, auquel l'article 79 confère sa valeur intangible. En Italie, la protection du principe de séparation des pouvoirs est implicitement reconnue par combinaison des articles 139 (forme républicaine renvoyant à une distinction de principe des pouvoirs) et 134⁵⁹, et il apparaît parfois dans la jurisprudence sous la forme d'une nécessité d'assurer la « *sauvegarde de l'intégrité constitutionnelle des institutions de la République* »⁶⁰.

Par ailleurs, les normes intangibles incluent les droits fondamentaux de la personne humaine. En Allemagne, la garantie des droits est garantie par l'article 1^{er} de la Constitution, auquel l'article 79 confère une valeur intangible, et à ce titre, la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu la protection du secret de la correspondance et de l'inviolabilité du domicile⁶¹. En Italie, les « *droits inaliénables de la*

⁵³ « *La forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle* ».

⁵⁴ Décision n° 15 de 1996.

⁵⁵ Décisions n° 312 de 1983, n° 88 de 2011, n° 159 de 2009.

⁵⁶ Décision n° 103 de 2008, FJ5.

⁵⁷ Décision n° 204 de 2011, dans le même sens implicitement voir la décision n° 103 de 2008.

⁵⁸ Décision du 25 mars 2014 (FJ4).

⁵⁹ « *La Cour constitutionnelle juge (...) des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État* » ; sur le sens de cette séparation des pouvoirs, voir A. PISANESCHI, *I conflitti tra i poteri dello stato*, Milan, Giuffrè, 1992, p. 53.

⁶⁰ Décision n° 1 de 2013. La Cour s'appuie notamment dans cette décision sur l'article 90 de la Constitution (« *Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, hormis les cas de haute trahison ou d'attentat à la Constitution. Dans ces cas, il est mis en accusation par le Parlement réuni en séance conjointe, à la majorité absolue de ses membres* »).

⁶¹ M. FROMONT, « *Les règles intangibles...* », précité, p. 103-105.

personne humaine » sont considérés comme des normes intangibles⁶², mais leur périmètre reste cependant assez flou, dans la mesure où tous les droits proclamés dans la Constitution ne sont pas mécaniquement placés dans cette catégorie. De manière générale, on peut considérer que la protection de ces droits est indirectement rattachée à la forme républicaine de gouvernement en Italie⁶³. La liste de ces droits intangibles s'égrène au fil d'une jurisprudence erratique : sont ainsi reconnues la protection de la vie⁶⁴, de la liberté personnelle⁶⁵, de la liberté et du secret de la correspondance⁶⁶, du droit d'agir en justice⁶⁷, parfois la Cour procédant à une reconnaissance plus large, mais non plus précise⁶⁸. En Espagne, c'est la catégorie générale des droits fondamentaux qui est hissée au rang de norme intangible⁶⁹.

Il ressort donc de la jurisprudence des juges constitutionnels allemand, italien et espagnol qu'il existe des normes intangibles, quand bien même le contenu de ces normes reste assez logiquement général. Cette situation suffit cependant à dresser un obstacle à la création de normes européennes.

B. – L'opposition des normes intangibles à la création de normes européennes

Les normes constitutionnelles intangibles ont la particularité de ne pas pouvoir faire l'objet d'une révision : en cas de contradiction entre ces normes constitutionnelles intangibles et des normes européennes, il n'est donc pas possible de modifier ces normes constitutionnelles pour pouvoir adopter ces règles européennes. Les normes intangibles forment donc un obstacle à la création de normes européennes primaires (1), en outre, les normes européennes doivent rester en permanence compatibles avec les normes constitutionnelles intangibles (2).

1. – Les normes intangibles peuvent s'opposer à la formation des normes européennes

Les Constitutions nationales autorisent implicitement ou, de plus en plus, explicitement, l'introduction de normes européennes dans leurs ordres juridiques, validant des « transferts de compétence » ou des « limitations de souveraineté » dans cet objectif. Il s'agit alors de déterminer dans quelle mesure ces autorisations constitutionnelles sont elles-mêmes limitées par des normes intangibles. Car, en effet, l'intangibilité n'a de sens que si elle est opposable à tous les producteurs de normes internes ou externes dès lors que les normes produites ont vocation à s'appliquer sur le territoire national. La justification de cette « intangibilité ex-

⁶² Décision n° 183 de 1973.

⁶³ Par le biais de l'article 2 de la Constitution qui précise que la « République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme ».

⁶⁴ Décision n° 1 de 2013.

⁶⁵ Décision n° 1 de 2013.

⁶⁶ Décision n° 34 de 1973, 366 de 1991, 81 de 1993.

⁶⁷ Fondé sur l'article 24 de la Constitution et consacré comme un principe intangible dans les décisions n° 18 de 1982, n° 232 de 1989, n° 329 de 1992.

⁶⁸ Elle considère comme intangibles les principes contenus dans les articles 1, 2, 3 et 4 (décision n° 388 de 1991), ou encore « l'égalité en tant que non-discrimination et la protection des droits fondamentaux » (décision n° 138 de 2010).

⁶⁹ Décision n° 103 de 2008, FJ4.

terne » réside bien sûr dans l'interdiction du transfert du pouvoir constituant (la compétence de la compétence) à des autorités non nationales. De sorte qu'un traité ne pourra pas se former en opposition à ces normes intangibles. Toutefois, il s'agit de savoir comment cette borne infranchissable pourra être contrôlée par le juge constitutionnel. Or, les États ont conçu des systèmes divers de réception du droit non national (systèmes dualistes et monistes/contrôles *a priori*, *a posteriori* des normes internationales...), de sorte que l'intervention des juges constitutionnels ne se matérialise pas toujours de la même façon.

Ainsi, en Espagne, le juge constitutionnel intervient dans le cadre d'un contrôle *a priori*, avant qu'un traité entre en vigueur, pour s'assurer que ce traité est conforme à la Constitution. S'il ne l'est pas, la Constitution devra être révisée au préalable. Toutefois, les normes intangibles n'étant pas susceptibles de révision, ce contrôle se transforme en une interdiction absolue de faire entrer en vigueur le traité. En effet, « *ainsi qu'il ressort des Travaux de la Constituante, l'article 93⁷⁰ a été conçu comme l'instrument constitutionnel de notre intégration dans les Communautés européennes* », il est « *sans conteste le support constitutionnel de base de l'intégration d'autres ordres juridiques dans le nôtre, par le biais de la cession de l'exercice de compétences découlant de la Constitution* »⁷¹. Néanmoins, le mécanisme de l'article 95 de la Constitution⁷², a pour but, par rapport aux engagements internationaux, « *d'assurer la suprématie de la Constitution, sans préjudice aucun pour de tels engagements, en s'efforçant d'éviter qu'une contradiction possible entre la première et les seconds doive être résolue après que les normes conventionnelles eussent été intégrées dans l'ordre juridique* »⁷³. C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel espagnol a imposé une modification de la Constitution avant la ratification du traité de Maastricht en 1992⁷⁴ et qu'il a été ensuite saisi en 2004 dans le cadre de la ratification du traité instituant la Constitution européenne⁷⁵. Dans ce dernier cas, il a considéré que les normes intangibles (notamment les droits fondamentaux et les structures constitutionnelles) n'étaient pas *a priori* violées par le traité dans la mesure où l'Union européenne devait respecter l'identité constitutionnelle des États⁷⁶. Le juge espagnol est donc en mesure, par cette procédure, de faire obstacle, le cas échéant, à la formation d'une norme européenne qui serait contraire à une norme intangible.

⁷⁰ « *Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux Cortès générales ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences.* »

⁷¹ Déclaration n° 1 de 2004.

⁷² « *1. La conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution devra être précédée d'une révision de celle-ci. 2. Le Gouvernement ou l'une ou l'autre Chambre peut faire appel au Tribunal constitutionnel pour qu'il déclare s'il y a ou non contradiction.* »

⁷³ Déclaration n° 1 de 2004.

⁷⁴ Déclaration n° 1 de 1992.

⁷⁵ Déclaration n° 1 de 2004.

⁷⁶ Déclaration n° 1 de 2004.

En Allemagne et en Italie, un tel mécanisme préventif n'a pas été prévu par la Constitution et ce conformément à une conception dualiste des ordres juridiques nationaux et externes. Cependant, s'il n'existe pas formellement un tel dispositif, le juge peut intervenir s'il est saisi de la constitutionnalité de la loi de ratification du traité européen. Ainsi, l'article 23 de la Constitution allemande permet l'introduction de transferts de compétence à l'Union européenne, tout en limitant l'intensité de ce transfert. De sorte que la Cour constitutionnelle fédérale intervient non sur le traité instituant de tels transferts mais sur la loi de ratification de ce traité qui peut lui être déférée, et à cette occasion elle peut opposer à cette loi de ratification des normes intangibles. C'est dans ce contexte que le juge allemand s'est prononcé sur les lois de ratification du traité de Maastricht⁷⁷ et du traité de Lisbonne⁷⁸, qu'il a validées (certes sous réserve).

De même, en Italie, l'article 11 de la Constitution permet l'introduction de traités limitant la souveraineté de l'État⁷⁹, ce qui rend inutile une révision préalable de la Constitution pour ratifier un traité qui limite la souveraineté de l'État. Cette limitation peut s'opérer par le biais d'une loi ordinaire de ratification, dès lors qu'elle rentre dans le champ d'application de l'article 11⁸⁰. Jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle n'a pas fait obstacle à ces lois de ratification en raison d'un non-respect des normes intangibles.

Finalement, les juges constitutionnels disposent donc d'outils pour empêcher la formation de normes européennes contraires aux normes intangibles ; cependant ces mêmes juges sont plutôt enclins à reconnaître le respect de ces normes. Ce *self-restraint* a des chances de se maintenir dans la mesure où, désormais, les négociations des traités européens intègrent cette dimension de contrainte nationale. Mais en sens contraire, les positions des juges constitutionnels pourraient se durcir au regard de la progression de l'intégration européenne dans des domaines de compétence ou selon des procédures qui atteindraient des normes intangibles.

2. – Les normes intangibles doivent constamment être respectées par les normes européennes

Le contrôle des juges qu'il soit préventif ou au niveau de la loi de ratification, reste largement un contrôle abstrait, de normes à normes, en intégrant éventuellement diverses interprétations possibles et en établissant celles qui sont conformes aux normes intangibles. Toutefois, il n'est pas exclu qu'une fois adoptées et mises en œuvres, les normes européennes reconnues abstraitement comme conformes aux normes intangibles, donnent lieu ensuite, pratiquement, à des applications

⁷⁷ Décision du 12 octobre 1993.

⁷⁸ Décision du 30 juin 2009 (*BVerfG*, 2 BvE 2/08).

⁷⁹ « L'Italie (...) consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations (...) ».

⁸⁰ Décision n° 14 de 1964 et 183 de 1973 : l'article 11 de la Constitution en autorisant une limitation de la souveraineté italienne par traité a ouvert une possibilité de principe qui « exonère le Parlement de la nécessité de recourir à l'exercice du pouvoir de révision de la Constitution » (décision n° 183 de 1973), R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, précité, p. 399.

contraires à ces mêmes normes intangibles. Dès lors, les juges peuvent ne pas s'opposer formellement à la ratification⁸¹, mais ils entourent leur approbation de réserves qui limitent les normes européennes primaires ainsi validées. De plus, le juge allemand ne se limite pas à un contrôle unique qui validerait, une fois pour toutes, la conformité aux normes intangibles mais s'autorise à renouveler ce contrôle à travers celui de la loi de ratification du traité, les États devant rester les « *maîtres du traité* »⁸².

En Italie, le juge constitutionnel, dans le même sens, se réserve la possibilité de faire obstacle à tout acte européen, y compris une interprétation du juge européen dans le cadre d'une question préjudicielle, dès lors que la réponse de la Cour de justice serait contraire à une norme intangible⁸³ : la cour a exigé ainsi logiquement que les juges du fond posent une éventuelle question à la Cour de justice avant de saisir la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité afin de pouvoir s'assurer en dernier lieu de la compatibilité avec la Constitution de la réponse de la Cour de justice. Toutefois, depuis que la Cour constitutionnelle italienne accepte désormais de poser elle-même une question à la Cour européenne⁸⁴, on peut s'interroger sur sa capacité à s'opposer à une réponse qui serait en opposition avec des normes constitutionnelles intangibles.

Enfin, de manière plus radicale, mais peut-être aussi moins réaliste⁸⁵, le juge constitutionnel espagnol brandit la menace du retrait de l'Union, prévue depuis le traité de Lisbonne, à titre de dernier recours en cas de non-respect des règles intangibles par l'Union⁸⁶. Toutefois, ici, on peut se demander si ce n'est pas ici un aveu d'impuissance de la part du juge constitutionnel et une forme d'abandon même de la notion de contrôle.

Ainsi, les normes constitutionnelles intangibles peuvent s'opposer le cas échéant à la création des normes européennes. La résistance des normes intangibles s'étend aussi à l'application des normes européennes.

⁸¹ Cour constitutionnelle fédérale, décision du 30 juin 2009 (*BVerfG*, 2 BvE 2/08) ; Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration n° 1 de 2004.

⁸² Décision du 12 octobre 1993.

⁸³ « *Il est possible qu'à la suite d'une décision rendue sur renvoi préjudiciel, apparaisse une contradiction, qui ne peut être contrôlée que la Cour, avec les principes fondamentaux de l'ordonnement juridique ou avec les droits inaliénables de la personne* » (décision n° 454 de 2006) ; S. BARTOLE, « *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamento* », *Le Regioni*, 2008, p. 901.

⁸⁴ Voir *infra*.

⁸⁵ L'hypothèse du retrait de l'Union reste très illusoire sur le plan pratique. Il est vrai que le Royaume-Uni va organiser prochainement une consultation sur ce point. Mais l'Espagne ne conçoit pas ses rapports avec l'Union européenne de la même manière et une telle démarche semble être particulièrement improbable.

⁸⁶ Déclaration n° 1 de 2004.

II. – DES NORMES CONSTITUTIONNELLES INTANGIBLES PEUVENT S’OPPOSER À L’APPLICATION DE NORMES EUROPÉENNES

L’application des normes européennes en droit interne est conditionnée par divers paramètres (l’effet direct, applicabilité immédiate...). Nous nous concentrons uniquement ici sur le principe de primauté, en raison du rôle central de ce principe dans le système juridique européen. Ce dernier est désormais largement admis dans les trois pays considérés, mais reste conditionné par les normes constitutionnelles intangibles (A). Toutefois, le contrôle auquel donne lieu cette limite constitutionnelle apparaît assez réduit (B).

A. – Une acceptation du principe de primauté des normes européennes conditionnée par le respect des normes intangibles

Le principe de primauté, pilier de la construction européenne, a donné lieu à des jurisprudences constitutionnelles dispersées, du fait des contraintes nationales propres à chaque État, mais qui ont graduellement convergé. À l’issue de ces évolutions, il apparaît que le principe de primauté a fait l’objet d’une adhésion progressive des juges constitutionnels (1), qui reste toutefois conditionnée par les normes intangibles (2).

1. – L’adhésion progressive des juges constitutionnels au principe de primauté

En Espagne le principe de primauté a été rapidement reconnu par le juge constitutionnel. En effet, en s’appuyant sur les implications de l’article 93 de la Constitution : « *La loi organique peut autoriser la conclusion de traités qui attribuent à une organisation ou à une institution internationale l’exercice de compétences provenant de la Constitution. Il incombe aux Cortès générales ou au gouvernement selon le cas, de garantir l’exécution de ces traités et des résolutions émanant des organisations internationales ou supranationales bénéficiaires de la cession* », le Tribunal constitutionnel a accepté d’appliquer le principe de primauté du droit de l’Union européenne, y compris sur les lois dès 1991⁸⁷.

En Italie, le principe de primauté a été reconnu par étapes. En effet, l’article 11 de la Constitution prévoit que « *L’Italie (...) consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations (...)* ». La Cour constitutionnelle a appliqué cette disposition aux traités relatifs à la construction européenne⁸⁸. Elle a ainsi mis en œuvre les principes du dualisme juridique, en estimant que la loi nationale postérieure à la norme européenne l’emportait car, en l’absence de hié-

⁸⁷ Décision n° 28 de 1991 (FJ4), déclaration n° 1 de 1992 (FJ4), déclaration n° 1 de 2004 (FJ2), voir F. MODERNE, « La question de la primauté du droit de l’Union en Espagne et au Portugal... », précité, p. 43 et s.

⁸⁸ La Cour constitutionnelle a considéré que l’article 11 permettait de valider la construction européenne car « *cette disposition, qui n’est pas située par hasard parmi les “principes fondamentaux” de la Constitution, fixe une direction politique claire et précise : en l’adoptant, le constituant se référerait à l’adhésion de l’Italie à l’Organisation des Nations unies, mais s’inspirerait aussi d’un ensemble de principes de valeur générale, dont la Communauté économique et d’autres organisations régionales européennes constituent une réalisation concrète* » (Décision n° 183 de 1973).

rarchie, le principe de succession des lois dans le temps s'appliquait⁸⁹. Puis, sous la pression de la Cour de justice⁹⁰, la Cour constitutionnelle italienne a amendé sa position. Après la nouvelle réponse de la Cour de justice⁹¹, la Cour constitutionnelle a estimé que la supériorité de la norme européenne sur la loi était un problème constitutionnel relevant de sa seule appréciation⁹². Puis, elle a reconnu le principe de primauté au profit des règlements, le juge ordinaire devenant compétent pour faire respecter ce principe en écartant l'application de la loi nationale si nécessaire⁹³. Enfin, l'introduction de l'article 117 al 1 de la Constitution en 2001 selon lequel « *Le pouvoir législatif est exercé (...) dans le respect (...) des contraintes découlant de la réglementation communautaire* », l'a conduite à reconnaître que les normes européennes sont « *contraignantes et supérieures aux lois ordinaires* »⁹⁴. Dans le même sens, la Cour affirme qu'en « *ratifiant les Traités communautaires, l'Italie est entrée dans l'ordre juridique communautaire, lequel est un ordre juridique autonome, complété par et coordonné avec l'ordre juridique interne* »⁹⁵. Le juge constitutionnel a donc affaibli son interprétation dualiste classique des rapports entre droit européen et droit national, en favorisant l'application du principe de primauté.

En Allemagne, la reconnaissance du principe de primauté reste réservée et fragile. Sur la base de l'article 24 (1) de la Loi fondamentale, « *La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales* », la Cour constitutionnelle fédérale a précisé, dès 1971, que le droit national non conforme au droit communautaire ne devrait pas être appliqué⁹⁶. Mais, le juge a reconnu cependant que ce principe de primauté était fondé sur la loi nationale de ratification du traité européen, et elle a considéré qu'elle pouvait contrôler la constitutionnalité de cette loi de ratification à tout moment⁹⁷, ce qui constitue un fondement fragile pour le principe de primauté.

Chacun à son rythme et dans le cadre des contraintes et des spécificités de son système national, les juges constitutionnels ont donc accueilli le principe de primauté.

2. – Une application du principe de primauté conditionnée par le respect des normes intangibles

Si le principe de primauté a été reconnu par les juges constitutionnels, ces derniers n'en ont pas pour autant validé une application absolue. En effet, les juges allemand et italien rejoints ensuite par le juge espagnol ont mis en avant le concept

⁸⁹ Décision n° 14 de 1964.

⁹⁰ Arrêt *Costa /ENEL* du 15 juillet 1964.

⁹¹ Arrêt *Simmenthal* du 28 juin 1978.

⁹² Décision n° 183 de 1973.

⁹³ Décision n° 170 de 1984.

⁹⁴ Décisions n° 28 et n° 227 de 2010, n° 75 de 2012.

⁹⁵ Décision n° 103 de 2008.

⁹⁶ *BVerfGE* 31, 145 (174).

⁹⁷ Décision du 12 octobre 1993.

de « contre limites » qui consiste à appliquer le principe de primauté sous réserve du respect des normes constitutionnelles intangibles.

En Allemagne⁹⁸, la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision *So Lange* de 1973 établit que la primauté des normes européennes étant soumise aux normes intangibles, elle doit contrôler les normes européennes par rapport à ces normes intangibles (notamment les droits fondamentaux). Puis, par sa décision *So Lange II* de 1986, la Cour constitutionnelle fédérale décide de suspendre l'exercice de son contrôle (tout en maintenant son principe) ayant constaté que le niveau de protection des droits fondamentaux assuré par la Cour de justice est désormais équivalent à celui garanti par elle. Cependant, l'introduction de l'article 23 de la Constitution en 1992, selon lequel, « *Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale* », aurait pu conduire le juge allemand à modifier sa position. Il n'en a rien été, puisque la Cour de Karlsruhe a continué à réaffirmer et à renforcer ses contre limites dans l'arrêt Maastricht de 1993 : le juge y rappelle en effet que le droit dérivé ne s'impose que dans la mesure où il est conforme aux normes intangibles et en outre (condition supplémentaire) s'il est conforme au droit primaire. Le juge allemand se reconnaît ainsi le droit de contrôler ces deux éléments (ce qui induit une possible confrontation directe avec la Cour de justice).

De son côté, le juge italien dans sa décision *Granital* de 1984⁹⁹ a conditionné l'application de la primauté des normes de droit dérivé au respect des normes intangibles, notamment les droits fondamentaux¹⁰⁰. Le principe de primauté s'impose donc aux normes constitutionnelles, sauf aux normes intangibles. Ainsi, l'interprétation de la Constitution, notamment les règles de répartition des compétences entre l'État et les régions, doit être conforme aux règles européennes¹⁰¹. Plus directement encore, la Cour a estimé que « *l'éventuelle altération de la répartition des compétences entre l'autorité nationale et les régions, due à des normes communautaires, de manière suffisamment évidente (...) ne peut être contrôlée par cette Cour (...) sauf si ces normes européennes sont contraires aux principes su-*

⁹⁸ Pour un aperçu complet de la question, voir D. HANF, « Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du traité de Maastricht », *RTDE*, 1994, 391 et s.

⁹⁹ Décision n° 170 de 1984.

¹⁰⁰ Décisions n° 454 de 2006, n° 284 de 2007.

¹⁰¹ La Cour affirme de manière subtile que d'une part « *lors de la mise en oeuvre du droit communautaire, la définition de la répartition interne des compétences entre l'Etat et les Régions en matière de compétence concurrente... il est nécessaire d'analyser le contenu spécifique, les buts et les exigences imposées au niveau communautaire* », et dans le même temps que les règles communautaires « *n'ont pas d'incidence sur les modalités de répartition des compétences* » (décision n° 336 de 2005). Il s'agit donc bien d'utiliser les normes européennes pour interpréter et non altérer la norme constitutionnelle de répartition de compétences ; pour autant on conçoit aisément que la distinction peut devenir infime.

prêmes de la Constitution »¹⁰². Le rappel du président de la Cour italienne, dans son rapport sur la jurisprudence constitutionnelle en 2013, est édifiant à et égard : « *si la souveraineté nationale tend inévitablement à se restreindre pour permettre aux contraintes communautaires de s'imposer, les valeurs fondamentales qui sont à la base du pacte constitutionnel doivent, quoi qu'il en soit, toujours être sauvegardés. Le juge des lois a donc le devoir de veiller à l'intangibilité du noyau essentiel de la Constitution, dont ni les autorités nationales, ni supranationales ni internationales ne peuvent disposer* »¹⁰³.

Quant au juge espagnol, il a adhéré plus tardivement au principe des contre limites sous la forme des normes intangibles¹⁰⁴. Ainsi, le juge estime qu'une norme de droit dérivé qui violerait une norme intangible violerait par transition le droit primaire de l'Union européenne, ce qui renvoie au contrôle de la Cour de justice, car le juge constitutionnel espagnol, contrairement au juge allemand, ne se reconnaît pas le droit de contrôler ce dépassement des normes de droit dérivé. Toutefois, la primauté n'inclut pas la supériorité du droit de l'Union européenne par rapport à la Constitution elle-même : la déclaration n° 1 de 1992 dispose en effet que le principe de primauté découlant de l'article 93 de la Constitution ne peut pas être interprété comme permettant une modification implicite des règles constitutionnelles car le pouvoir de réviser la Constitution ne peut être transféré à une organisation internationale. C'est donc le principe de la suprématie de la Constitution qui vient perturber l'application du principe de primauté.

B. – Un contrôle réduit du respect des normes intangibles lors de l'application des normes européennes

Si l'application des normes européennes se voit conditionnée par le système mis en place par les juges constitutionnels, il n'en demeure pas moins que l'intervention de ces juges prend la forme d'un examen réduit dans la mesure où il apparaît à la fois comme un contrôle résiduel (1) et comme un contrôle partagé (2).

1. – Un contrôle résiduel

Même si les juges constitutionnels proclament et défendent de manière particulièrement vigoureuse la notion de normes intangibles et les imposent au système européen, ils restent circonspects quand il s'agit de transformer cette position générale en invalidation formelle. D'ailleurs les juges estiment que par principe la confrontation entre normes européennes et normes intangibles est « *improbable* »¹⁰⁵.

Cependant en Allemagne, le contrôle, bien que présenté comme résiduel, apparaît certainement de la manière la plus caractéristique. En effet, le juge y exerce le contrôle le plus sévère, sachant qu'il se dédouble d'une part en un contrôle dit de

¹⁰² Décision n° 93 de 1997, voir aussi la décision n° 126 e 1996.

¹⁰³ Corte Costituzionale, *Relazione del Presidente Gaetano Silvestri sulla giurisprudenza costituzionale del 2013*, 27 février 2014, p. 8.

¹⁰⁴ Déclaration n° 1 de 1992, et surtout n° 1 de 2004.

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle italienne, décision n° 232 de 1989 ; Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration n° 1 de 2004.

l'identité constitutionnelle¹⁰⁶, fondé sur le respect des normes intangibles par le droit dérivé et un contrôle dit *ultra vires* qui vise à faire respecter des normes européennes primaires par le droit dérivé. Or, ce dernier contrôle est résiduel, car il n'intervient qu'à défaut de celui opéré par la Cour de justice. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale estime qu'il y a dépassement de la compétence de la Banque centrale européenne dans le cadre du programme de rachat de la dette publique (OMT)¹⁰⁷. Mais elle considère, dans le même temps, qu'une interprétation restrictive de ce programme pourrait être compatible avec le droit primaire européen, en laissant à la Cour de justice le soin de trancher ce dernier point. Ce faisant, elle maintient formellement son pouvoir de contrôle tout en évitant le conflit avec la Cour de justice. Ce contrôle *ultra vires* est en outre conditionné par la constatation d'un excès de pouvoir manifeste des institutions européennes. En pratique, la Cour de Karlsruhe évite la confrontation directe¹⁰⁸, mais assure tout de même un contrôle détourné d'une directive en considérant que le législateur national avait une marge d'appréciation dans l'application de la directive et en sanctionnant la loi nationale pour inconstitutionnalité¹⁰⁹. Toutefois, si le législateur n'a pas de marge de manœuvre pour appliquer la directive, alors le contrôle de constitutionnalité n'est pas possible¹¹⁰. Il est donc patent que le système mis en place par les juges constitutionnels, fondé sur le respect absolu de normes intangibles, est affirmé avec plus de force dans son principe que dans son application. Seul le juge allemand semble vouloir se livrer à un contrôle pointilleux sur cette question, tout en reconnaissant lui-même les limites de l'exercice. Il n'est donc pas surprenant que les juges constitutionnels se tournent de plus en plus vers une autre voie : celle d'un contrôle partagé.

2. – Un contrôle partagé

En fait, l'intrication des normes constitutionnelles et européennes est telle que le problème de la résolution de leurs éventuelles contradictions ne peut probablement plus se résoudre actuellement au niveau d'un seul juge (national ou européen). D'une certaine manière, il s'agit, dans ce domaine comme dans de nombreux autres, de l'atteinte des limites du principe hiérarchique. Aussi, c'est certainement une forme de renoncement réciproque de cette supériorité de fond qui va ouvrir une voie pour dépasser les blocages constatés, quitte à maintenir une intransigeance de principe. Une des manifestations de cet assouplissement croisé des positions des juges est le fameux dialogue des juges¹¹¹. On peut parler de dialogue s'il y a influence réciproque et donc prise en compte des principes de l'autre.

¹⁰⁶ Sur l'identité constitutionnelle, voir L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité constitutionnelle en question(s) », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Cahiers européens*, n° 1, Paris, Pédone, 2011, p. 155 et s.

¹⁰⁷ Ordonnance du 14 janvier 2014, *BVerfG*, 2 BvR 2728/13.

¹⁰⁸ Décision du 14 janvier 2014, *BVerfG*, 2 BvR 2728/13.

¹⁰⁹ Décision du 2 mars 2010, *BverfG*.

¹¹⁰ Ordonnance du 4 octobre 2011, *BVerfG*, 1 BvL 3/08.

¹¹¹ Dans ce sens voir F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 67.

Pour vérifier l'existence d'un dialogue, il faut ainsi constater une forme de confiance et d'écoute mutuelle.

Dans le sens des juges constitutionnels vers le juge européen, on peut mesurer ce phénomène. En effet, progressivement les juges nationaux se tournent vers le juge européen en utilisant la voie de la question préjudicielle, considérant ainsi des problèmes qu'ils estimaient jusque-là purement nationaux et constitutionnels comme relevant désormais de l'appréciation européenne. Ce mouvement peut désormais être relevé, notamment¹¹², concernant les juges constitutionnels espagnol, italien et allemand.

C'est le juge constitutionnel italien qui a ouvert la voie parmi ces trois juges. Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne, revenant sur une jurisprudence bien établie¹¹³, a posé pour la première fois, en 2008¹¹⁴, une question préjudicielle à la Cour de justice, portant sur l'interprétation des traités européens, dans le cadre étroit d'un procès principal de constitutionnalité¹¹⁵. Elle s'est alors appuyée sur le fait qu'elle seule pouvait poser une question à la Cour de justice dans le cadre de ce type de contrôle de constitutionnalité des lois¹¹⁶, et que l'article 117 de la Constitution permettait de considérer les normes européennes comme un paramètre de constitutionnalité des lois, tout en estimant qu'« *en ratifiant les Traités communautaires, l'Italie s'est insérée dans l'ordonnement communautaire, qui est un ordonnement juridique autonome, complété et coordonné avec l'ordonnement interne* »¹¹⁷. Mais la Cour a ainsi validé un recours minimal à la

¹¹² En France, cette coopération trouve évidemment un écho dans la décision du CC n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013 (voir E. BRUCE-RABILLON, « Question sur la question ! Nouvelles déclinaisons du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition », *Politeia*, 2013, n° 23, p. 110 et s). La cour constitutionnelle belge est le premier juge constitutionnel à avoir posé une question préjudicielle (arrêt 6/97 du 19 février 1997).

¹¹³ Selon laquelle, du fait qu'elle « *exerce essentiellement une fonction de contrôle constitutionnel, de garantie suprême de surveillance de la Constitution de la République de la part des organes de l'Etat et des Régions* », elle ne serait pas compétente pour soulever une question préjudicielle, c'est-à-dire être considérée comme une « *jurisdiction* » au sens des traités (décision n° 13 de 1960, réaffirmée par l'ordonnance n° 536 de 1995, après un flottement dans la décision n° 168 de 1991); voir S. BARTOLE, « *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamento...* », précité, p. 898 et s.

¹¹⁴ Ordonnance n° 103 de 2008; L. PESOLE, « *La corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008* », *Federalismi* n° 15, 2008; K. ROUDIER, « *L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré* », *Civitas Europa*, n° 21, Décembre 2008, p. 145-172; I. SPIGNO, « *La Corte costituzionale e la vexata quaestio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* », *Osservatorio sulle fonti*, 2008, n° 2.

¹¹⁵ Il s'agissait d'un recours en inconstitutionnalité direct exercé par le gouvernement à l'encontre d'une législation de la région sarde sur la base de l'article 127 de la Constitution (« *Lorsque le Gouvernement estime qu'une loi régionale excède la compétence de la Région, il peut saisir la Cour Constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent sa publication* »).

¹¹⁶ Car la Cour juge alors en premier et dernier ressort (par combinaison des articles 127 et 137 de la Constitution).

¹¹⁷ Ordonnance n° 103 de 2008.

Cour de justice, estimant seulement qu'il était de son devoir de ne pas « *léser l'intérêt général à une application uniforme du droit communautaire, tel qu'interprété par la Cour de justice de la Communauté européenne* »¹¹⁸.

Cependant, une pratique limitée a suivi cet arrêt fondateur, conformément à la conception restrictive de l'ouverture du dialogue avec la Cour de justice pour laquelle la Cour constitutionnelle a opté en 2008¹¹⁹. La Cour constitutionnelle italienne n'a ainsi adopté depuis 2008 qu'une seule nouvelle ordonnance de renvoi à la Cour de justice en 2013¹²⁰ : toutefois, la Cour a élargi la voie précédente car elle a accepté de transmettre une question dans le cadre beaucoup plus étendu du procès incident de constitutionnalité¹²¹. La Cour italienne a ainsi saisi la Cour de justice d'une question d'interprétation portant sur une directive¹²². Ce faisant, elle a ouvert de plus vastes perspectives de collaboration avec la Cour de justice¹²³, puisque, d'une part, la combinaison des articles 11 et 117 de la Constitution fait de la conformité d'une loi à une norme européenne une question de conformité de la loi à la Constitution, et que, d'autre part, dans cette activité de contrôle, la Cour constitutionnelle italienne s'est estimée compétente pour saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle¹²⁴.

Le juge italien a été suivi plus récemment par le juge espagnol. En effet, le Tribunal constitutionnel espagnol a saisi la Cour de justice en 2011¹²⁵, pour la première fois, de trois questions préjudicielles à propos du mandat d'arrêt européen¹²⁶. Pour cela le juge a dû abandonner sa position précédente, selon laquelle une question de validité ou d'interprétation du droit de l'Union n'était pas une question constitutionnelle¹²⁷ et prendre le contre-pied d'un précédent refus de saisir la Cour de justice dans un cas similaire¹²⁸. Ainsi, comme la Cour italienne, le juge espagnol a estimé que l'application du droit européen soulevait un problème de « *constitu-*

¹¹⁸ Ordonnance n° 103 de 2008.

¹¹⁹ D. BASILI, G. DI NIRO, « Corte costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e dialogo tra le Corti: evoluzioni e prospettive », *Federalismi*, n° 21, 2011, p. 20-21.

¹²⁰ Ordonnance n° 207 de 2013.

¹²¹ Fondé sur l'article 134 de la Constitution.

¹²² Ordonnance n° 207 de 2013 (question d'interprétation sur la directive du Conseil 1999/70 du 28 juin 1999).

¹²³ B. GUASTAFERRO, « Il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale », *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 980 ; L. UCELLO BARRETTA, « La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale », *Osservatorio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, novembre 2013, p. 4.

¹²⁴ La Cour précise dans l'ordonnance de 2013 qu'elle a « *la nature de "jurisdiction nationale" au sens de l'article 267 troisième alinéa du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, même en ce qui concerne les jugements incidents* ».

¹²⁵ Ordonnance n° 86 de 2011.

¹²⁶ L. ARROYO JIMENEZ, « Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias », *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, 2011.

¹²⁷ Décision n° 28 de 1991.

¹²⁸ Décision n° 199 de 2009.

tionnalité indirecte »¹²⁹. De ce fait, le Tribunal s'insère « dans le club (encore assez fermé) des Cours constitutionnelles qui ont décidé de donner corps aux échanges judiciaires avec la juridiction de l'Union »¹³⁰.

De son côté, il est vrai que le juge allemand s'est longtemps refusé à collaborer avec la Cour de justice par l'intermédiaire du renvoi préjudiciel. Néanmoins, la Cour constitutionnelle allemande semble abandonner cette réticence, puisque, pour la première fois, elle a décidé tout récemment de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle portant sur la validité du programme de rachat de la dette publique (OMT) par la BCE¹³¹.

Il ressort donc de ces jurisprudences constitutionnelles convergentes un renforcement objectif du rôle intégrateur de la Cour de justice de l'Union européenne. Mais les juges et, à travers eux, les systèmes nationaux ne sont pas non plus sans influence sur le juge européen. Ce qui établit véritablement un « dialogue » de juges, et même un dialogue de normes, et aboutit à des contraintes croisées nationales et européennes. En effet, l'Union européenne a désormais intégré progressivement les craintes des juges nationaux qui se sont matérialisées sous la forme des normes intangibles : notamment sur le plan des droits fondamentaux et de la démocratisation du système européen¹³². La Cour de justice a elle-même usé de divers moyens pour favoriser le dialogue et éviter la confrontation, notamment en refusant de reconnaître un conflit de normes entre Constitution et droit européen ou encore en assurant une interprétation conforme, le tout conduisant finalement à une « neutralisation » du principe de primauté¹³³. Cependant la Cour de justice ne « cède » au droit national que dans la mesure où les intérêts essentiels du droit européen ne sont pas en jeu¹³⁴.

Est-ce à dire, comme a pu le faire l'un des pères de l'Europe, que désormais nous abordons « ces heureuses et sereines altitudes où toutes questions sont réglées pour le plus grand bien du plus grand nombre, grâce au bon sens de la plupart et après consultation de tous »¹³⁵ ? L'avenir dira en effet si le dialogue des juges suffira à compenser l'absence de Constitution européenne.

¹²⁹ A. AGUILAR CALAHORRO, « La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio », *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16/2011.

¹³⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Viva el dialogo judicial! », *RTDE*, 2012, p. 271.

¹³¹ Ordonnance du 14 janvier 2014, BVerfG, 2 BvR 2728/13 précité. A. DE PETRIS, « Un rinvio pregiudiziale sotto condizione ? L'ordinanza del Tribunale costituzionale federale sulle *Outright Monetary Transactions* », *Federalismi*, 2014, n° 4.

¹³² J.-P. DEROSIER, « Noyau constitutionnel identitaire... », précité, p. 339 et s.

¹³³ G. MARTI, « Le statut constitutionnel du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Politeia*, 2012, p. 355.

¹³⁴ Primauté, unité et effectivité du droit de l'Union : CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, C-399/11 et *Åkerberg Fransson*, C-617/10.

¹³⁵ W. CHURCHILL, *Mémoires de guerre 1919-1941*, Paris, Tallandier, 2009, p. 233.