



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER 6/2011

Maxime Calligaro

**Le droit de l'Union dans la jurisprudence récente de la Cour
constitutionnelle italienne et du Conseil constitutionnel français.
Vues d'ensemble, regard croisé**

Sant'Anna School of Advanced Studies

Department of Law

<http://stals.ssup.it>

ISSN: 1974-5656

Le droit de l'Union dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne et du Conseil constitutionnel français. Vues d'ensemble, regard croisé.

Maxime Calligaro*

Abstract

Le thème de la pénétration du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux est devenu un classique des études juridiques. De tous les domaines touchés par le phénomène, le droit constitutionnel est de loin l'objet d'étude le plus intéressant car sa friction avec le droit de l'UE renvoie aux thèmes sensibles et centraux que sont la souveraineté, la primauté, la suprématie et la hiérarchie des normes.

En se penchant sur les cas des juges constitutionnels français et italien nous verrons que les réponses apportées au défi qu'est l'intégration juridique européenne divergent. La Cour constitutionnelle italienne a parfaitement intégré la donnée UE à ses techniques contentieuses alors que le Conseil constitutionnel peine à trouver sa place dans ce nouveau rapport qui relève bien souvent du rapport de force. Si la Cour galope sur le fameux chemin communautaire, le Conseil semble lui rester sur le bord de la route. Après de brefs rappels historiques nous analyserons séparément et par contentieux les jurisprudences récentes de la *Consulta* et des juges de la rue Montpensier afin d'avoir une vue d'ensemble. Une fois les outils de comparaison en main, nous nous livrerons à l'exercice comparatiste afin de préciser les différences mais aussi de faire apparaître les similitudes. Par ailleurs et pour conclure, nous verrons que ce regard croisé est révélateur de la place des deux juges dans leurs ordres respectifs.

Mots clés

Cour constitutionnelle italienne- Conseil constitutionnel- Droit de l'Union- Intégration – Primauté.

*Diplômé en droit des universités de Montpellier, Milan, Barcelone et Szczecin; ancien stagiaire auprès du service des études de la Cour constitutionnelle italienne; membre de l'équipe de l'eurodéputé anglais Andrew Duff, membre de la commission affaires constitutionnelles du Parlement européen et porte parole pour le groupe ADLE. Un grand merci à Giacomo Delledonne, Alessandro Basilio et Tommaso Giovannetti pour leurs conseils et leur patience.

Le droit de l'Union dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne et du Conseil constitutionnel français. Vues d'ensemble, regard croisé.

Maxime Calligaro

Introduction

En droit constitutionnel plus qu'ailleurs, le rapport entre la sphère européenne et la sphère nationale est une délicate affaire. Habités à humer l'air vif des cimes de la hiérarchie des normes, les juges constitutionnels se sont retrouvés parachutés au cœur des rapports entre systèmes¹, contraints d'articuler ces derniers et de composer avec des normes qui, si elles ne leur sont pas totalement étrangères, n'en sont pas pour le moins extérieures. L'ancien président de la Cour de Justice, Gil Carlos Iglesias Rodriguez, a exprimé ce malaise, en 2004, quand il écrivait qu'*au stade actuel de l'intégration européenne (...) le conflit radical entre les exigences de l'ordre communautaire et celles de la Constitution d'un Etat membre n'est pas susceptible de solution logiquement satisfaisante.*²

La position du juge constitutionnel français est emblématique de ce conflit silencieux³. A l'inverse, le cas du juge italien révèle que droit constitutionnel et droit de l'Union peuvent non seulement cohabiter paisiblement, mais véritablement coopérer. Si les deux juges ont pris en compte les exigences du droit de l'Union, le juge français n'en a pas encore pris toute la mesure, quant au juge italien il n'a que récemment totalement endossé son rôle de juge de l'Union européenne (UE).

Dans la présente étude nous nous proposons d'envisager, à travers l'analyse de leur jurisprudence récente, comment la Cour constitutionnelle italienne et le Conseil constitutionnel français ont intégré la donnée UE dans leurs contentieux (I, II). Puis, nous verrons, au delà des spécificités nationales, quelles réponses ces deux même juges ont su apporter à des problématiques communes (II).

¹ A. LEVADE, *Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au coeur des rapports de systèmes*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n°18, 2005.

² G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea : la Declaración del Tribunal Constitucional*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n°20, 2005, p. 5-17

³ Un membre du Conseil constitutionnel dépeint la relation entre le Conseil et le phénomène d'intégration communautaire comme celle de deux époux mariés de force qui cohabitent sans passion et apprennent, au fil du temps, à se tolérer l'un l'autre O.DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Le Conseil constitutionnel et le droit européen*, *Revue française de droit constitutionnel*, p.24-35.

Avant d'entrer dans le détail de l'actualité contentieuse et européenne des deux juridictions, il convient de brosser à grands traits l'histoire de la relation entre le droit de l'Union et les normes constitutionnelles italienne et française.

Un constat tout d'abord: pour gérer leur rapport avec le droit de l'Union les deux juges n'étaient pas initialement équipés de la même façon. Dans sa relation avec les autres ordres juridiques, le constituant italien a décidé de suivre les préceptes dualistes. *A contrario*, rompant avec le système de la IV^{ème} République, la Constitution française s'est rangée du côté du modèle moniste. La norme suprême italienne a été adoptée en 1948, elle est donc antérieure au processus communautaire. Différemment, la Constitution de la V^{ème} République, adoptée en 1958, a été rédigée alors que l'intégration européenne était déjà engagée. Enfin, la France a, dès 1992, inséré dans sa Constitution une « clause européenne » qui consacre explicitement la participation de la République à l'UE.

L'Italie de son côté n'a formellement consacré cette appartenance que plus tard et plus discrètement à la faveur d'une révision, en 2001, du titre V de la Constitution dont le paragraphe premier de l'article 117 pose sobrement que *le pouvoir législatif est exercé par l'Etat et les régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales*⁴. Il a donc fallu toute la force interprétative de la Cour constitutionnelle italienne, avant même la modification de l'article 117, pour donner au droit de l'Union une véritable assise constitutionnelle. C'est l'article 11 de la Constitution⁵, seul article permettant les transferts de compétences et dont le lien avec l'Union européenne était tout sauf évident⁶, qui a été choisi comme socle constitutionnel de l'intégration.

Voilà pour ce qui est de la forme et des outils textuels.

En ce qui concerne l'attitude des juges, la Cour constitutionnelle italienne a très tôt activement participé au dialogue juridique européen. Il convient de rappeler que des épisodes fameux de l'histoire juridique communautaires sont nés devant les prétoires italiens et ont mis en scène les juges de la *Consulta*. Parmi les plus connus, les arrêts *Costa*⁷ et *Simmenthal*⁸ qui posent le principe de primauté du droit de l'Union et en affirment la portée. On doit aussi à la Cour italienne et sa

⁴ Article 117 de la Constitution Italienne, version française disponible sur le site du Sénat italien (www.senato.it)

⁵ Article 11 Cost. Ita : *L'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des conflits internationaux; elle 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; elle aide et favorise les organisations internationales poursuivant ce but. op.cit.*

⁶ A ce sujet voir l'analyse de G. de Vergottini sur la lecture forcée de l'article 11 de la Constitution permettant les transferts de souveraineté impliqués par l'appartenance à l'UE, un article 11 originellement destiné à permettre la participation de l'Italie aux Nations Unis et qui n'avait que peu de lien avec les communautés européennes. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, 2010, Padova, p.59-61.

⁷ CJUE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, C-6/64, JO 182 du 12.11.1964, p. 2900–2901

⁸ CJUE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, Rec. 1978, p.629

décision *Frontini*⁹, pendant italien de la célèbre décision *Solange*¹⁰ de la Cour constitutionnelle allemande, la pénétration de la thématique des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Après des débuts difficiles, la relation entre le juge constitutionnel italien et les juges du plateau de Kirchberg s'est apaisée quand, en 1983, dans sa décision *Granital*¹¹, la Cour est venue reconnaître la nécessité d'assurer le respect du principe de primauté en refusant de connaître des actes de l'Union pourvus d'effet direct dans le cadre du procès de constitutionnalité incident. Dans cette même affaire la Cour précise que les deux ordres –national et communautaire- sont certes autonomes et distincts, mais bel bien coordonnés.

Pour sa part, le Conseil constitutionnel s'est lui aussi déclaré incompétent dans le contexte européen, mais de façon plus radicale et pour d'autres raisons. En 1975, dans leur jurisprudence *IVG*¹², les juges de la Rue Montpensier ont en effet exclu du « bloc de constitutionnalité »¹³ le droit européen au sens large¹⁴. En affirmant *qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution* le Conseil s'est détourné du droit européen, droit de l'Union inclus. Le Conseil a basé cette exclusion sur le fait que les traités, instruments de droit international, sont *relatifs et contingents* car soumis au principe de réciprocité entre hautes parties contractantes et limités au champ d'application voulu par ces dernières. La chose se discute –et elle est d'ailleurs très souvent objet de discussions¹⁵- puisque en matière de droit de l'UE le principe de réciprocité n'est pas accepté, et que les compétences transférées à l'UE sont de plus en plus nombreuses à mesure que le temps passe.

Après ce rapide détour historique, voyons à présent comment les deux juges ont récemment amélioré, voire totalement repensé, leur rapport au droit de l'Union. Dans ce domaine, force est de constater que sur ce que la doctrine italienne appelle communément le « chemin communautaire » tous les acteurs n'avancent pas à la même allure. Alors que le juge italien a littéralement mis son

⁹ Cort. Cost. n°183/1973, *G.U.* 18.12.1973

¹⁰ BVerfGE 37, 271 et s.

¹¹ Cort. Cost. n°14/1964, *GU* 24.02.1964

¹² Cons. Const. n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, rec. p. 19

¹³ Expression popularisée par le Doyen Favoreu et représentant l'ensemble des normes à l'aune desquelles la constitutionnalité d'une loi est mesurée (le corps de la Constitution, la DDHC, le préambule de 46, les PFRLR, etc.). P.JAN, *Bloc de constitutionnalité*, éd. Jurisclasseur Administratif, fasc 1418.

¹⁴ L'affaire concerné la CEDH mais le Conseil constitutionnel se référa aux « traités » incluant donc les traités communautaires. Il convient de souligner qu'en Italie CEDH et droit de l'UE ne sont pas traités de la même façon sur le plan contentieux. Voir en ce sens Cort. Cost. n°348 et 349/2007 et Cort. Cost. n°311 et 317/2009 ainsi que n°80/2011. Nous nous concentrerons sur le second uniquement.

¹⁵ Parmi les défenseurs/détracteurs plus emblématiques voir L.FAVOREU, L.PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2009, p. 247-273 et contra. G.CARCASONNE, *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 ?*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 1999 (7), p. 93 ou bien encore J.ROUX, *L'abandon de la jurisprudence IVG, une question d'opportunité ou de logique ?* in *Communication au colloque des 5 et 6 juin 2008 au Conseil constitutionnel « contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité »*, RDP n°3, 2009, p.645-670.

contentieux au service du droit de l'Union, de son côté le Conseil constitutionnel tente, plus ou moins adroitement, d'adapter le sien au droit de l'Union et ses figures imposées.

I/ Le modèle italien ou l'application pure et simple du droit de l'Union par le juge constitutionnel

En Italie, un législateur qui porte atteinte au droit de l'Union est un législateur qui enfreint la Constitution. C'est la technique dite des « normes interposées »¹⁶ selon laquelle la Cour constitutionnelle assure le respect de normes extérieures auxquelles la charte constitutionnelle fait référence, plus ou moins indirectement, comme c'est le cas pour le corpus juridique européen. Cette logique peut être observée dans les trois grands recours que sont le procès de constitutionnalité par voie directe (A), par voie incidente (B) et le contrôle d'admissibilité des demandes de référenda abrogatifs (C). Néanmoins, ces trois recours ne sont pas également préparés à la friction avec le droit de l'UE, et tous ne rendent pas compte du même degré d'aisance du juge constitutionnel.

A. L'application sereine et rodée dans le cadre du recours par voie principale

La réforme du titre V de la Constitution italienne a profondément perturbé l'équilibre qui existait entre les recours devant le juge constitutionnel italien¹⁷. Ce mouvement s'est opéré au profit du procès de constitutionnalité par voie directe¹⁸ dans lequel Gouvernement central et régions se voient offerte la possibilité de contester les lois des uns et des autres devant le prétoire constitutionnel. La reformulation de l'article 117 (cf. supra) a, pour sa part, largement contribué à augmenter les recours relatifs à la compatibilité des lois italiennes avec le droit de l'Union. Cependant l'application du droit de l'Union par le juge constitutionnel ne date pas de 2001, année de la révision. Dès le milieu des années 90¹⁹, la *Consulta* avait déjà justifié l'application du droit de l'Union dans le cadre de ce recours direct. Partant du principe qu'elle était le seul et unique juge appelé à se prononcer dans un conflit entre le gouvernement central et les régions, si l'incompatibilité avec le droit de l'Union n'était pas sanctionnée par elle alors personne ne le pourrait.

¹⁶ M.SICLARI, *Le « norme interposte » nel giudizio di costituzionalità*, 1992, Padova.

¹⁷ Le prof Ruggieri parle de « mutation génétique » du contentieux constitutionnel italien en la matière. A.RUGGERI, *Riforma del titolo V e giudizi di « communitarietà » delle leggi* in Corte Costituzionale, *Diritto comunitario e diritto interno*, 2008, Milan, p. 440.

¹⁸ Un simple coup d'œil aux chiffres du dernier rapport d'activité de la Cour constitutionnelle suffit à s'en faire une idée : en 2000, 79,56% des décisions rendues par la Cour était présenté dans le cadre du recours incident, ce chiffre tombe 56,12% en 2010. A l'inverse, le recours direct qui représentait à peine 6% des décisions de la Cour en 2000 en représente aujourd'hui 37,63%.

¹⁹ Cort. Cost. n°384/1994, *GU 16.11.1994* et Cort. Cost. n°94/1995, *GU 05.04.1995*.

Par ailleurs, le cadre de la Jurisprudence *Granital* restait sauf. Cependant, la solution *Granital* ne pouvait être appliquée car elle avait été adoptée dans le cadre d'un autre recours, un recours particulier, incident, dans lequel un autre juge, saisi en premier lieu, doit appliquer les normes européennes d'applicabilité directe. Dans le cadre du recours direct « l'obstacle »²⁰ que peut constituer le juge du fond n'est plus. Seule en scène, la Cour peut donc appliquer le droit de l'Union, un peu à la manière d'un juge ordinaire mais à la différence que cette application ne conduira pas à la paralysie de la loi contraire au droit de l'Union –sa « désapplication » ou « non application » comme le diraient les juristes italiens²¹ - mais à son annulation pure et simple.

Depuis cette justification d'ordre procédural, la Cour n'a cessé d'appliquer des actes contraignants de l'Union quels qu'ils soient. Le juge constitutionnel italien manipule la norme européenne avec une étonnante décontraction et une orthodoxie communautaire exemplaire. Le nouvel article 117, dont la Cour a précisé qu'il ne se lisait pas indépendamment de l'article 11²², n'a fait qu'accroître les recours liés au droit de l'Union et l'activité du juge en la matière. Ainsi, la Cour se pose en gardienne du droit de l'Union par l'entremise de la Constitution. La liste est longue des thèmes sur lesquels la Cour a sanctionné le législateur régional et national. Pour ne citer que les plus récents : la Directive oiseaux²³, le droit de la concurrence²⁴, la libre prestation de services²⁵, la normative européenne en matière de déchets²⁶, etc.

La Cour sert en quelque sorte de filet de sécurité vis-à-vis des obligations communautaires de l'Italie. Les décisions de la Cour peuvent ainsi servir à désamorcer une procédure d'infraction lancée par la Commission²⁷, ou à mettre fin à une série de condamnations de la part de la Cour de Luxembourg²⁸. Ce rôle de filet juridique de sécurité est d'autant plus bienvenu qu'en tant qu'Etat où les régions ont compétence législative, le risque d'entorse au droit de l'Union est multiplié²⁹.

²⁰ Cort. Cost. n°94/1995, *Ibid. pt. 2*

²¹ Voir A.PACE, « *Non applicazione* » o « *disapplicazione* » delle norme interne contrastanti con la normativa comunitaria ? » in *Diritto comunitario e diritto interno*, 2008, Milan, p.405-410.

²² Dans un premier temps la Cour parut exclure que le nouvel article 117 puisse constituer un socle constitutionnel exclusif et unique pour l'application du droit de l'Union (Cort. Cost. n°6/2004). Puis, dans une décision 406/2005, soit un an plus tard la Cour sanctionnant une loi régionale exclusivement sur l'article 117. Enfin, dans une décision 129/2006 la Cour est venue préciser que les deux articles faisaient la paire et que l'annulation des lois au regard du paramètre communautaire se faisait sous l'égide des deux articles ; ce qui a été confirmé dans la décision n°36/2008. Pour une analyse plus fouillée voir O.PORCHIA, *Il diritto dell'Unione europea nei ricorsi in via principale*, 2010, Roma, p.9-10.

²³ Cort. Cost. n°266/2010, *GU 28.07.2010*

²⁴ Cort. Cost. n°180/2010, *GU 26.05.2010*, Cort. Cost. n°233/2010, *GU 07.07.2010*

²⁵ Cort. Cost. n°325/2010, *GU 24.11.2010*

²⁶ Cort. Cost. n°124, 127/2010, *GU 07.04.2010*

²⁷ COM (2008) 773

²⁸ O.PORCHIA, *op.cit.*

²⁹ Sur ce sujet voir aussi O.PORCHIA, *Meccanismi previsti in Italia e in Spagna per la prevenzione del contenzioso con l'Unione europea per violazioni imputabili alle regioni*, in Garcìa, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, Working paper IDEIR n°2, 2010, Madrid.

Toujours dans le cadre du recours direct, la *Consulta* a récemment poussé la décontraction jusqu'à utiliser le mécanisme du renvoi préjudiciel à Luxembourg prévu par l'article 267 du Traité. La démarche n'a pas été évidente car le juge italien voyait d'un mauvais œil ce mécanisme et refusait d'y avoir recours³⁰. Passant outre sa posture traditionnelle la Cour a, en 2008³¹, officialisé le dialogue avec la Cour de Justice, qui, en 2009³², lui a fourni une réponse dont le juge constitutionnel national s'est servi, en 2010³³, pour trancher le litige pendant devant lui³⁴.

B. L'application prudente mais totale dans le cadre du recours par voie incidente

L'application du droit de l'Union dans le contexte du procès de constitutionnalité par voie incidente est plus délicate. Le cadre instauré par la décision *Granital* soustrait au contrôle de la Cour un pan entier de normes qui sont pourtant susceptibles d'entrer en contradiction avec des actes de l'Union pourvus d'effet direct et, à ce titre, contraires aux articles 11 et 117§1 de la Constitution. Néanmoins, primauté du droit de l'Union oblige, la Cour ne peut les examiner et il revient donc au juge du fond d'en faire application.

La Cour constitutionnelle a toutefois un rôle à jouer. Elle est la bienvenue quand, face à une loi nationale contraire à un acte de l'Union dépourvu d'effet direct, le juge du fond n'est pas en mesure d'écarter la norme nationale ne disposant pas de norme de substitution directement applicable à sa disposition.

En effet, nombreuses sont les situations dans lesquelles le droit de l'Union donne des indications sur la façon dont une situation doit être traitée, mais pas de façon *claire, précise et inconditionnelle* pour reprendre les termes de la Cour de Justice³⁵. De même, il est des situations dans lesquelles la Cour de Justice elle-même a interdit que les actes de l'Union aient un effet direct, on pense notamment aux directives invoquées dans des litiges entre particuliers ou aux directives qui auraient

³⁰ ICC, decisione n°536/1995, *GU 03.01.1996*. La Cour basait son raisonnement sur le fait qu'elle n'était pas un « juge » au sens du traité. Voir M. GENNUSA, *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: la Corte costituzionale come "giudice europeo"*, Quaderni costituzionali, 2008, p. 612

³¹ Cort. Cost n°102/2008, *GU 16.04.2008* et Cort. Cost n°103/2008, *GU.16.04.2008*

³² CJUE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri v Regione Sardegna*, C-169/08, *Rec. 2009 p. 10821*

³³ Cort. Cost. n°216/2010, *GU 23.06.2010*

³⁴ Pour une analyse complète de cet épisode de la vie juridique italienne voir, entre autres les articles suivants : M.DANI, *Tracking Judicial Dialogue-The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court*, Jean Monnet working paper 10/08, 2008 ; T. GUARNIER, *La Corte costituzionale: «organo giurisdizionale» dinnanzi al suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Contraddizione, apertura o «dissociazione»?*, *Giur. it.*, 2009, p.40 ; S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, *Le Regioni*, 2008, p. 898 ; T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del cammino comunitario conduce la Corte a Lussemburgo*, www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, www.federalismi.it; F.FONTANELLI et G.MARTINICO, *Between Procedural Impermeability and Constitutional Openness : The Italian Constitutional Court and Preliminary References to the European Court of Justice*, *European Law Journal*, Vol. 16, 2010, p. 345-364.

³⁵ CJUE, 4 décembre 1974, *Yvonne Van duyn contre Home Office*, C-41/74, *Rec. 1974, p.1337*

une influence sur la situation pénale des individus³⁶. Enfin, il existe des actes de l'Union dont l'effet direct est explicitement empêché par les traités, on pense principalement aux anciennes décisions-cadres. Dans tous ces cas, le droit de l'Union n'offre pas la possibilité au juge *a quo* d'appliquer une norme communautaire en lieu et place de la norme nationale contraire. Le schéma dessiné dans la jurisprudence *Granital* de l'ordre national qui se retire pour laisser le droit de l'Union déployer ses effets, est alors en crise comme l'a fait remarquer les Professeur Onida³⁷. Par conséquent, l'ultime moyen d'éviter que le droit de l'Union ne soit violé par une loi nationale est de demander à la Cour constitutionnelle de l'annuler sur la base de son incompatibilité avec les articles 11 et 117§1 de la Constitution.

On l'aura compris les cas dans lesquels la Cour est appelée à intervenir sont réduits. Néanmoins, la Cour s'est fréquemment retrouvée en condition de sanctionner une norme nationale contraire à un acte de l'Union privé d'effet direct.

A deux reprises en 2006³⁸, la présence de paramètres communautaires était évidente et le contraste avec la norme nationale criant. Dans le premier cas, les juges *a quibus* se sont interrogés sur la légitimité constitutionnelle de deux articles du code civil établissant des sanctions à l'égard des entreprises et sociétés dont la publication des comptes faisait défaut ou se révélait erronée. La récrimination de ces pratiques commerciales frauduleuses était prévue par une directive qui exigeait que les sanctions prises soient proportionnées et efficaces. Or, le système italien était long, tortueux et flanqué de délais de prescription extrêmement courts qui rendaient quasi-impossibles toutes condamnations - sauf dans le cas des petits entreprises, plus facilement et rapidement contrôlables, mais dont l'ampleur de la fraude était moindre. Les juges du fond avaient adressé un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice qui avait émis des réserves sur le système italien, mais n'avait pu donner une réponse satisfaisante puisque, ayant une influence sur la situation pénale des individus, la directive en question ne pouvait directement fonder une décision des juges du fond. L'unique moyen de faire cesser la contradiction était donc de s'en remettre la Cour constitutionnelle pour que celle-ci sanctionne la loi sur la base de l'obligation constitutionnelle de respecter le droit de l'UE inscrite à l'article 117§1. C'est ce que firent les juges. Cependant, la Cour ne trancha pas le litige et remit l'affaire aux juges du fond, car entre-temps le législateur italien avait modifié le dispositif

³⁶ CJUE, 2 août 1993, *M. Helen Marshall contre Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, C-271-91, *Rec. 1993*, p. 4367. Pour la doctrine en la matière voir D.CHALMERS, C.HADJIEMMANUIL, G.MONTI et A.TOMKINS, *European Union Law*, 2006, Oxford, p. 371-375 et T.TRIDIMAS, *Black, White and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, *Yearbook of European Law* n°221, 2002

³⁷ V.ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, dans Corte Costituzionale, *Diritto comunitario e diritto interno*, 2008, Milan, p.54

³⁸ Cort. Cost. n°70/2006, *GU 01.03.2006* et n°288/2006, *GU 19.07.2006*

contesté³⁹, le rendant plus à même de satisfaire aux exigences de la directive. L'état du droit ayant changé, apparemment dans le bon sens, la *Consulta*, prudente, évita de sanctionner la loi au regard du droit de l'UE.

A quelques mois d'intervalle, une nouvelle fois, la Cour constitutionnelle italienne eut à traiter un cas d'incompatibilité entre une loi italienne et un acte de l'Union dépourvu d'effet direct. Le législateur italien avait extrait certaines « épaves » de la catégorie des « déchets » au sens d'une directive européenne. Les juges du fond saisis d'une affaire pénale dont le dénouement dépendait de la qualification des matériaux transportés, et doutant de l'orthodoxie d'un tel régime d'exception avaient interrogé la Cour de Justice qui avait aussitôt indiqué que le système italien était en contradiction avec la directive, mais que le caractère pénal de la situation ne permettait pas un usage direct de la directive. A nouveau la *Consulta* a été amenée à se prononcer sur la compatibilité entre la législation nationale et l'article 117§1 de la Constitution. Là encore, le juge constitutionnel renvoya l'affaire aux juges du fond car l'état de la législation avait changé, non pas au niveau national mais européen cette fois⁴⁰.

Excès de prudence, méfiance ou réticence à annuler une loi nationale sur le fondement d'une norme européenne dépourvue d'effet direct, la chose est affaire d'interprétation. Il résulte néanmoins de ces deux épisodes que, jusque très récemment, comme l'écrivait le Professeur Mastroianni, le pouvoir de la Cour d'annuler un acte législatif contraire au droit de l'UE dans le cadre du recours incident, était purement virtuel⁴¹.

Cet état de fait a pris fin en 2008 quand, à deux reprises, le juge constitutionnel annula des lois en raison de leur contrariété avec le droit de l'Union. Par ces deux décisions, le juge italien a sauté le pas et a sanctionné une législation nationale contraire à la fameuse directive « déchets⁴² », et une loi contraire au Mandat d'arrêt européen⁴³. Dans le premier cas la Cour est venue reconnaître que des normes dépourvues d'effet direct ne permettaient pas au juge de mettre de côté la norme nationale, mais que cette impossibilité ne pouvait justifier la conservation de loi nationale contraire à l'esprit des articles 11 et 117§1, et qu'il était donc du devoir de la Cour constitutionnelle de les sanctionner. Dans le second cas, la loi nationale en déclinant le mandat d'arrêt européen réservait une série d'exception à la remise de prévenus aux seuls citoyens italiens, alors que la décision-cadre se

³⁹ C'est la technique contentieuse dite du *ius superveniens* dans laquelle l'état du droit est modifié et le juge constitutionnel, sans trancher le litige, renvoie l'affaire aux juges du fond afin qu'ils réexaminent le dossier à la lumière de l'état du droit nouveau. Plus sur ce procédé : A.RUGGERI et A.SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2009, Turin, p.193

⁴⁰ Dans un premier temps la directive posait comme définition du déchet tout objet dont le propriétaire avait décidé de se débarrasser. Dans sa seconde mouture la directive en question posait comme définition du déchet tout objet dont le propriétaire avait l'intention de se débarrasser, nuance qui dans cette affaire faisait toute la différence.

⁴¹ R.MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta : il ruolo della Corte costituzionale*, dans Corte Costituzionale, *Diritto comunitario e diritto interno*, 2008, Milan, p.355-380.

⁴² Cort. Cost. n°28/2010, *GU* 03.02.2010.

⁴³ Cort. Cost. N°227/2010, *GU* 07.07.2010

référait aux personnes ayant un lien social fort avec le pays dans lequel ils avaient été interpellés. Dans cette affaire, aucune interprétation conciliante n'était possible puisque la forme de l'acte communautaire impliqué –une décision appartenant à feu le troisième pilier- la privait d'effet direct, et la Cour de Justice laissait entendre que ce genre de restriction interprétative était contraire au droit de l'Union⁴⁴. Utilisant avec maestria directives et précédents de la Cour de Justice, les juges de la *Consulta* sont venus sanctionner la loi italienne soumise à son examen sur la base des articles 11 et 117§1, affirmant l'effectivité de son contrôle dans le cadre du recours incident et confirmant ainsi son précédent susmentionné, ancrant ainsi son rôle de juge-défenseur du droit de l'Union⁴⁵.

Après une période de réticence et de prudence, la Cour a donc pleinement intégré le droit de l'UE dans ses deux recours principaux –le procès de constitutionnalité par voie principale et par voie incidente- et s'en sert effectivement, bien que rarement, pour l'appliquer sous la bannière des articles 11 et 117§1 de la charte constitutionnelle. Un dernier recours, quantitativement moins important mais non moins emblématique du contentieux constitutionnel italien, a aussi su prendre en compte les exigences du droit de l'Union.

C. L'application en dent de scie dans le cadre du contrôle des demandes de referendum

Le référendum abrogatif est une particularité de la vie démocratique italienne⁴⁶ que l'on pensait tombé en désuétude, mais que les récents événements⁴⁷ ont remis au goût du jour. La Cour constitutionnelle est un rouage essentiel de cette pratique puisqu'elle a pour mission, entre autres, de s'assurer que le vide législatif que provoquerait un référendum soutenu par l'électorat italien, n'entrerait pas en contradiction avec la Constitution, notamment ses articles 11 et 117§1.

La formulation lapidaire de l'article⁴⁸ encadrant la pratique référendaire ne prédestinait pas la Cour à une telle mission puisque celle-ci devait se contenter de vérifier que les referenda ne visaient pas les lois budgétaires, les lois d'amnistie et les lois d'autorisation à ratifier les accords internationaux.

⁴⁴ CJUE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, *Rec. 2009 p. 9621* ainsi que CJUE, 17 juillet 2008, *Procédure relative à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis à l'encontre de Szymon Kozłowski*, C-66/08, *Rec. 2008 p. 6041*.

⁴⁵ Un auteur italien salut l'attitude des juges italiens et leur choix de la base juridique en soulignant que les juges aura pu botter en touche en invoquant non pas les article 11 et 117 de la Constitution mais les articles 3 et 27 de la Constitution à la lumière desquels la loi examiné posait aussi problèmes. Voir F.FONTANELLI, *Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 227 del 2010 in tema di mandato di arresto europeo*, *Giornale di Diritto Amministrativo* n°2, 2011, p.47-53.

⁴⁶ Sur le référendum en Italie voir G. AREZZO DI TRIFILETTI, *Il referendum abrogativo e gli istituti di democrazia diretta*, 1998, Rimini.

⁴⁷ Article AFP, *Le Monde* du 13.06.2011, « *Italie : Référendum sur le nucléaire, l'eau et la Justice* ».

⁴⁸ Article 75 Cost. Ita. « Le référendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation de ratifier des traités internationaux », *op. cit.*

Très vite la Cour a offert une lecture élargie et téléologique de l'article 75 de la Constitution en précisant que les lois abrogées par referendum ne devaient pas enfreindre les obligations internationales de la République italienne⁴⁹. Cette acception a naturellement été étendue aux exigences communautaires quand, dans sa décision n°31/1981, la Cour a déclaré inadmissible une demande de référendum à la lueur des obligations découlant du traité EURATOM⁵⁰. Les promoteurs du référendum visaient à stopper le développement du programme nucléaire du géant énergétique E.N.E.L. en le privant de base légale. La Cour a répondu qu'une telle paralysie irait à l'encontre des engagements que l'Italie avait pris vis-à-vis de la Communauté atomique européenne. Cette position de la Cour avait alors été discutée⁵¹ puisque la participation à l'Euratom n'obligeait en aucun cas de recourir à l'énergie nucléaire, le fameux consensus nucléaire européen ne posant pour seule obligation que l'usage pacifique du nucléaire.

Après ce premier contact du contentieux avec le droit de l'UE, l'ensemble des actes de l'UE a peu à peu intégré les paramètres de contrôle de la Cour. En 1987 cette dernière a confirmé que les demandes de referenda abrogatifs devaient respecter les exigences du droit de primaire de l'UE et, saisie d'une demande concernant une nouvelle fois le traité EURATOM, la Cour en a profité pour se rattraper. Sans totalement se démentir⁵², les juges ont déclaré admissible la tenue d'un référendum visant non plus à directement bloquer le programme nucléaire italien, mais à bloquer les mécanismes d'organisation interne rendant de fait l'usage du nucléaire impossible⁵³. Par la même occasion la Cour a apporté une précieuse information de nature contentieuse: il ne suffit pas que la loi visée par le referendum soit en contact avec le droit de l'UE pour que ce dernier soit déclaré inadmissible, mais il faut que son abrogation entrave la bonne application du droit découlant des traités ou s'y oppose. Le droit de l'UE, nous y reviendrons, n'est donc pas en soi une limite à la tenue du referendum, il ne l'est que dans une certaine mesure : celle de son application conforme. La Cour a donc fait progressivement entrer le droit communautaire dérivé dans ses paramètres de contrôle des demandes de referendum et dans un large éventail de domaines⁵⁴.

L'application du droit de l'UE dans le cadre de l'examen de constitutionnalité des referenda abrogatifs apparaît néanmoins en dent de scie : alternent des applications discutables du droit de

⁴⁹ Cort. Cost. decisione n°16/1978. *GU 07.02.1978*.

⁵⁰ Cort. Cost. n°31/1981, *GU 17.02.1981*

⁵¹ G.GAJA, *Centrali nucleari : il referendum era davvero inammissibile ?*, Rivista di diritto internazionale, 1981, p. 510

⁵² L.COEN, *La Corte ammette il referendum sul nucleare, ma non smentisce il precedente*, Le Regioni, 1987, p.695.

⁵³ M.LUCIANI, *Art.75. Il Referendum Abrogativo*, 2005, Bologne, p. 348-349.

⁵⁴ Les directives via l'analyse d'une demande de référendum à la lueur de la directive oiseau (Cort. Cost. n°63/1990, *GU 07.02.1990*) mais aussi des réglementations relatives à la PAC (Cort. Cost. n°26/1993, *GU 08.02.1993* et Cort. Cost. n°15/1997, *GU 12.02.1997*) ou encore à l'audiovisuel (Cort. Cost. n°8/1995, *GU 18.01.1995* et Cort. Cost. n°36/1997, *GU 12.02.1997*)

l'UE et d'autres parfaitement respectueuses des préceptes communautaires⁵⁵. Sur l'effet direct par exemple, la Cour italienne, dans sa décision n°64/1990, a fait une application erronée des principes établis par la CJUE. Elle a estimé qu'un referendum pouvait avoir lieu malgré une contradiction avec le droit de l'UE en cas d'issue positive. Elle a justifié son choix en indiquant que peu importait le referendum et son résultat puisque, bénéficiant de l'effet direct, les directives menacées de contrariété profitaient quoiqu'il arrive de l'effet direct. Cette position n'est pas exactement celle de la Cour de Luxembourg pour laquelle l'effet direct est un moyen de pallier une situation législative pathologique. Sécurité juridique oblige, on ne peut se contenter de cette parade contentieuse pour justifier un manquement du législateur national, s'en satisfaire et la laisser perdurer⁵⁶.

Hormis cela, la Cour a parfaitement intégré la technique jurisprudentielle d'identification de l'effet direct des directives, ainsi que les exigences qui pèsent sur le législateur national avant et après que la période de transition d'une directive soit écoulée⁵⁷.

Pour certains, le contrôle d'admissibilité du référendum, contrôle politiquement délicat, est condamné à être aléatoire, chaque nouveau cas amenant son lot de règles nouvelles et originales⁵⁸. Le droit de l'UE en fait simplement les frais, comme le montre l'usage assez instable du traité Euratom dont les deux premières lectures ont fini d'être infirmées en 2011⁵⁹.

Ce manque d'homogénéité dans les solutions apportées aux cas d'espèce n'enlève néanmoins rien à l'esprit qui anime la Cour vis-à-vis du droit de l'Union. Elle se pose toujours en filet de sécurité juridique, veillant à ce que l'Italie n'enfreigne pas le droit de l'Union du fait de la volonté de l'électorat. Là encore, le juge a pour mission d'articuler les systèmes séparant ce qu'il est permis d'abroger et ce qui ne l'est pas, notamment ce qui entraverait la correcte participation de l'Italie à l'Union puisque telle est la volonté du constituant.

Mais le juge ne se détache toutefois pas de son rôle de juge applicateur du droit de l'UE à l'œuvre dans le recours direct et, depuis peu, dans le recours incident. Si traditionnellement, le droit de l'UE et les obligations qui en découlent sont perçues comme des limites à la tenue d'un referendum, ce dernier peut aussi être un moyen pour le juge de sanctionner des lois contraires au droit de l'UE ; telle la décision n°63/1990 dans laquelle la Cour italienne énonce brièvement que si le référendum

⁵⁵ Sur cette critique : P.SIMONE, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo in materie disciplinate da norme internazionali e comunitarie*, dans L.DANIELE, *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, 2006, Naples, p. 202

⁵⁶ G.TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, Padoue, p.152-153.

⁵⁷ Voir les décisions Cort. Cost. n°41/2000, *GU 11.02.2000* ou Cort. Cost. n° 45/2000, *GU 11.02.2000* et leur parfaite application de la doctrine Inter-Wallonie environnement (CJUE, 18 décembre 1997, *Inter-environnement wallonie ASBL contre Région Wallone*, C-129/96, Rec. 1997, p. 7411)

⁵⁸ R.BIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni "referendarie" del 2000*, *Giurisprudenza costituzionale* 2000, p.222

⁵⁹ Cort. Cost. n°28/2011, *GU 12.01.2011*

aboutissait, cela mettrait l'Italie en ligne avec ses obligations communautaires, prouvant encore que le contentieux constitutionnel italien est bien mis au service du droit de l'UE.

De 2008 à 2011, de nombreuses étapes ont été franchies : de l'usage du mécanisme de renvoi préjudiciel aux premiers annulations de lois nationales contraires au droit de l'UE dans le cadre du procès incident de constitutionnel, en passant par les récentes décisions permettant la tenue des référenda sur le nucléaire et la gestion de l'eau. La figure du juge comme articulateur entre les systèmes s'est affirmée. Le juge italien ne marche plus, il court sur le fameux chemin communautaire alors que, de son côté, le Conseil français semble rester sur le bord de la route.

II/ Le modèle français ou l'adaptation alambiquée et complexe du juge constitutionnel au droit de l'Union

En France, rappelons le, *une loi contraire à un traité n'est pas pour autant contraire à la Constitution*⁶⁰. A la différence de son homologue transalpin, et alors que la Constitution arbore un titre entier consacré à l'intégration européenne, le juge français ne considère pas que sa mission soit d'appliquer le droit de l'Union et préfère se livrer à des contorsions logiques afin d'adapter son contentieux aux nombreuses exigences du droit de l'UE⁶¹. Le recours de l'article 54 de la Constitution (A) ainsi que les récentes mésaventures de la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité (C) sont emblématiques de cet état d'esprit du juge français. Un seul recours, le recours de l'article 61, laisse apparaître une attitude plus proactive vis-à-vis du droit de l'UE et a fait naître de nombreux espoirs en ce qui concerne l'obsolète jurisprudence IVG (B) ; espoirs néanmoins récemment douchés par l'épisode Melki sur lequel nous nous arrêterons puisqu'il a des conséquences pour l'ensemble du contentieux constitutionnel français.

A/ Le contentieux de l'article 54, l'adaptation de la Constitution au droit primaire de l'UE

L'article 54 de la Constitution est un mécanisme très particulier de liaison entre l'ordre constitutionnel français et les normes internationales primaires. C'est un modèle de pré-ratification

⁶⁰ Cons. Const. n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, *op.cit.*

⁶¹ Une exception notable à cette attitude : le Conseil agissant comme juge de l'élection. En effet, dans ce cas il n'hésite pas à appliquer le droit européen à la manière d'un juge ordinaire, et justement précise-t-il, il le fait parce qu'il n'est plus dans son rôle de juge constitutionnel (Cons. Const. n°88-1882/117 du 21 octobre 1988, *Val d'Oise, rec. p. 183* Ne revêtant pas ses atours de juge de la loi nous écarterons cette formation du Conseil de notre analyse. Néanmoins, l'écart qu'il y a entre l'attitude du Conseil quand il est juge constitutionnel et quand il est juge de l'élection ne fait que renforcer notre propos : le Conseil n'est pas ignorant des règles de droits de l'Union et de leur application le byzantinisme dont il fait preuve et que nous allons analyser contentieux par contentieux provient de sa propre volition.

qui permet de s'assurer *a priori* que les engagements internationaux signés par la France sont en accord avec la Constitution afin qu'ils puissent être dûment ratifiés. Dans le cadre de l'Union européenne, chaque adoption ou révision des traités fait donc l'objet d'analyse du Conseil constitutionnel qui s'assure que les traités ne contiennent pas de clauses contraires à la Constitution. C'est donc, théoriquement, à un contrôle de compatibilité du Traité à la Constitution que se livre le Conseil constitutionnel ; mais aussi à un tour de passe-passe. En effet, une fois les incompatibilités mises à jour, ce n'est pas le Traité qui est modifié mais bien la Constitution qui s'aligne. Contrairement à ce que prescrit l'adage juridique, le principal suit ici l'accessoire.

La conséquence contentieuse de ce contrôle inversé est l'immunité⁶² du droit primaire de l'Union. Une fois passé le test de l'article 54 le droit primaire ratifié ne peut plus être remis en cause devant le prétoire de la rue Montpensier.

Pas aussi fantôme qu'il y paraît, la menace que le Conseil constitutionnel fait peser sur le processus de ratification est réelle. Si le constituant refuse de modifier la Constitution en accord avec le traité, malgré l'aiguillon du Conseil, ce dernier ne peut entrer en vigueur. C'est par exemple le cas de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, signée par la France mais déclarée incompatible par le Conseil⁶³ et, paralysée par le manque d'action du pouvoir constituant, toujours non-applicable sur le territoire français.

Le recours de l'article 54 n'est pas l'ennemi objectif de l'intégration européenne. C'est à la suite d'une des décisions du Conseil relevant les nombreuses incompatibilités entre la Constitution française⁶⁴ et le Traité de Maastricht que la fameuse « clause européenne » de la France a été élaborée. Abandonnant la théorie des limites matérielles au pouvoir de révision tournant autour du concept de souveraineté qu'il avait semblé mettre en place⁶⁵, le Conseil a depuis plusieurs fois invité le constituant à remanier la norme suprême française au gré des révisions des traités⁶⁶.

⁶² L.FAVOREU, L.PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit. p. 922.

⁶³ Cons. Const. n°99-412 DC du 16 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71

⁶⁴ Cons. Const. n°92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, rec. p. 55

⁶⁵ Voir les décisions relatives au droit de l'UE pré-Maastricht : Cons. Cost. n°70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, rec. p. 15 ; Cons. Const. n°76-71 DC du 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, rec. p. 15, ainsi que O.DUTHEILLET DE LAMOTHE, op.cit. p.25.

⁶⁶ Cons. Const. n° 97-394 DC du 31 décembre, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, rec. p. 344 ; Cons. Cost. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant Constitution pour l'Europe*, rec. p. 173 ; Cons. Cost. n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, rec. p. 459. Voir aussi la réflexion du Professeur Roux, J. ROUX, *L'incidence de la construction européenne sur la norme constitutionnelle* dans Mathieu, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, 2008, Paris, p. 693-701.

Une décision très attendue en la matière était l'analyse par le Conseil constitutionnel du projet de Constitution européenne⁶⁷, décision de référence en ce qui concerne les rapports entre ordre français et communautaire. Cette dernière est toute imprégnée du byzantinisme juridique dont le Conseil peut faire preuve en matière d'intégration européenne et, disons-le sans ambages, d'une certaine méfiance à l'égard de ce processus. Etrangement, ou plutôt stratégiquement, le Conseil n'a pas jugé opportun d'ouvrir la porte de la révision lors de l'analyse de l'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe qui inscrivait formellement le principe de primauté du droit de l'Union. Pour le Conseil, il n'y a pas de changement dû à ce nouvel article, la primauté du droit de l'UE restant ce qu'elle a toujours été, aucune révision n'est requise. S'appuyant sur l'appellation du texte contrôlé -un traité particulier car établissant une Constitution, soit, mais toujours un traité- ainsi que sur une déclaration lui étant annexée, le Conseil français a pris acte du fait que les Etats membres n'avaient pas émis le souhait de donner plus de force au principe de primauté qu'auparavant. Dans ces conditions, le Conseil a atténué la portée de l'inscription textuelle du principe de primauté⁶⁸, principe vital du droit de l'UE mais purement prétorien.

Quelques années plus tard, lors de sa décision Lisbonne⁶⁹, le Conseil a fait pire que ré-instruire le procès du principe de primauté, il l'a totalement⁷⁰ ignoré. N'étant plus inscrit dans le corps du traité, le Conseil a choisi de ne pas reprendre l'analyse effectuée en 2004⁷¹. Etrangement, la déclaration dont le Conseil s'était servi pour démontrer que le principe de primauté restait tel qu'entendu par la CJUE et qui avait été, elle, ré-annexée au Traité de Lisbonne, n'a pas été utilisée par le Conseil.

Par cette attitude défensive et méfiante, le Conseil laisse apparaître le conflit radical évoqué par le Juge Rodríguez Iglesias. Dans le cadre du recours de l'article 54, quand le Conseil ne prétend pas contrôler le droit primaire de l'UE pour en réalité mieux ouvrir la voie de la révision et s'aligner dessus, il tente de faire cohabiter Traité et Constitution au prix de raisonnements tortueux et alambiqués. La logique d'adaptation est ici clairement à l'œuvre.

B/ Le contentieux de l'article 61, le rapport renouvelé au droit dérivé

⁶⁷ Cons. Const. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *op. cit.*

⁶⁸ B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire*, RFDA, 2005, p.239

⁶⁹ Cons. Const. n°2007-560 DC du 20 décembre 2007, *op.cit.*

⁷⁰ Pire car certains ont pris appuie sur ce silence –construisant donc sur du vide- que le principe de primauté avait disparu balayé par le camouflet référendaire français. O.GOHIN, *Conseil constitutionnel et Traité de Lisbonne : vite, clair et bien*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 3, 2008

⁷¹ La seule trace du mot primauté se retrouve dans le communiqué de presse du Conseil.

Avant 2004, le Conseil n'avait jamais sérieusement théorisé son rapport au droit dérivé de l'UE, certains allant jusqu'à dire qu'il feignait l'indifférence⁷². L'année 2004 fut un tournant dans la jurisprudence du Conseil. Précédant de quelques mois la décision sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, une poignée de décisions avait amorcé un renouvellement des rapports entre le Conseil et le droit dérivé de l'UE.

Avant d'entrer dans le détail de ce cycle jurisprudentiel il convient de souligner que, très tôt, le Conseil a précisé que les règlements communautaires jouissaient de la même immunité contentieuse que le droit primaire ratifié ; cette position, qualifiée d'orthodoxe aux yeux des exigences du droit de l'UE, avait été saluée par la doctrine⁷³. Cette position nous apparaît stable, pourtant certains⁷⁴ se sont légitimement demandé pourquoi le Conseil n'avait pas repris dans sa décision de 2004 sur la Constitution européenne, décision dite de référence, ses précédents en la matière, ne serait-ce que par souci de clarté. Cette omission est d'autant plus surprenante que le Conseil avait pris la peine de mentionner sa position vis-à-vis des directives transposées, actes au cœur du cycle jurisprudentiel de 2004 sur lequel nous nous penchons à présent.

C'est une période d'ouverture⁷⁵ qui s'ouvre en 2004 quand, par une grappe de décisions -trois en l'occurrence⁷⁶- le Conseil a renouvelé son rapport à une partie du droit dérivé de l'Union. Le Conseil s'est penché sur le cas des lois qui retranscrivent fidèlement les directives qu'elles avaient pour mission de transposer, les fameuses « lois miroirs »⁷⁷. Dans ce cas précis, le Conseil, s'appuyant sur la clause européenne -le fameux article 88-1 de la Constitution- en déduit une *exigence constitutionnelle de transposition des directives*, exigence au respect duquel il doit veiller. Concrètement, le Conseil s'assure que les lois de transposition respectent l'esprit des directives, à condition que ces dernières soient *claires, inconditionnelles et précises*. Par là, le Conseil a partiellement abandonné sa jurisprudence IVG selon laquelle le Conseil ne considère pas le droit européen et s'avère incompetent pour contrôler la loi à la lueur de ce dernier. Or, vérifier si une directive possède les qualités susmentionnées c'est, dans un premier temps, considérer la norme communautaire et donc ne plus l'ignorer. Puis, s'assurer que le législateur a substantiellement

⁷² B. MATHIEU, *Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnels et administratif français*, RFDC n°72, 2007, p.675-693

⁷³ P.AVRIL et J.GICQUEL, note dans *Pouvoirs*, 1978, p.187.

⁷⁴ C. CHARPY, *Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du conseil d'Etat*, RFDC n°79, 2009, p. 631

⁷⁵ D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2010, Paris, p. 198

⁷⁶ Cons. Const. n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rec. p.101. ; Cons. Const. n°2004-495 DC du 1 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, rec. p. 10 ; Cons. Const. n°2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, rec. p. 122

⁷⁷ A.LEVADE, *op. cit.*

respecté l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, revient à effectuer un contrôle de la loi à la lumière de cette directive, soit un contrôle de conventionalité qui ne dit pas son nom. Le Conseil a toutefois précisé que le législateur national peut se dédouaner de cette exigence constitutionnelle de transposition quand l'acte communautaire concerné s'oppose à une disposition expresse de la Constitution qui lui est spécifique, c'est à dire sans équivalent au niveau européen. Le Conseil a donc créé une réserve constitutionnelle lui permettant en dernier recours de contrôler indirectement une directive européenne - contrôler une loi qui ne fait que retranscrire une directive revient à contrôler indirectement l'acte communautaire.

Avec ses décisions de 2004, le Conseil a ouvert considérablement son contentieux à une partie du droit de l'Union, reconsidéré à demi-mot sa position traditionnelle et donné force à la fameuse clause constitutionnelle européenne qui n'était pourtant pas destinée à connaître une telle notoriété⁷⁸. Signe d'ouverture, ce premier cycle n'a été toutefois qu'un premier pas en vue de préparer la décision concernant le traité constitutionnel. Il a dû, par la suite, affiner sa position. C'est ce qu'il a fait en 2006 en confirmant et améliorant son modèle de contrôle vis-à-vis des lois de transposition des directives. Dans une nouvelle série de trois décisions⁷⁹ le Conseil a repris le mécanisme mis en place en 2004 et le précise. Tout d'abord, le Conseil affirme clairement qu'il contrôle la loi nationale à la lumière de la directive et qu'il sanctionnera sur la base de l'article 88-1 toute loi manifestement contraire à la directive qu'il a pour mission de transposer. Le Conseil précise que le degré du contrôle –un simple contrôle de l'EMA⁸⁰- est dû à la limite de temps imposée par la spécificité du contentieux de l'article 61 de la Constitution qui, bien trop succinct, empêche le Conseil de faire usage du mécanisme communautaire du renvoi préjudiciel. Ensuite, le Conseil a remanié la réserve constitutionnelle dont la formulation posait problème. Le juge constitutionnel français a remplacé la *disposition expresse et spécifique de la Constitution* par une *règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ; expression qui ne manque pas de rappeler l'ancienne formulation de l'article I-5 du TECE, reprise dans le Traité de Lisbonne à l'article 4-2, qui a certainement inspiré le juge français⁸¹. Enfin, le Conseil, pour la première fois, a sanctionné une loi de transposition sur le fondement du non respect de l'exigence de transposition des directives prouvant que le mécanisme fraîchement créé avait bel et bien une réalité contentieuse.

⁷⁸ Voir Rapport Larché, *Sénat n°375*, 1991-1992 (www.sénat.fr)

⁷⁹ Cons. Const. n°2006-535 du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, rec. p.50 ; Cons. Const. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, rec.p.88 ; Cons. Const. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, rec. p. 120.

⁸⁰ Considérant, en second lieu, que (...) le Conseil constitutionnel (...) ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. Cons. Const. n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, pt. 7

⁸¹ J.ROUX, *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité du Traité de Lisbonne : bis repetita ? A propos de la décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007*, Revue trimestrielle de droit européen, 2008, p. 5

A travers ce cycle jurisprudentiel le Conseil a donc fait un pas vers le droit de l'UE. Cependant, de nombreuses questions restent encore en suspens : que faire de la jurisprudence IVG autrefois affaiblie⁸², à présent totalement mitée mais pourtant pas abandonnée par le Conseil⁸³? Que penser de la réserve constitutionnelle élaborée par le Conseil et du risque de heurt avec le droit de l'UE qu'elle représente? Par ailleurs, le degré du contrôle au titre de l'article 88-1 –un contrôle de l'EMA- est aussi discutable : les lois de transposition non manifestement contraires à la directive n'en sont peut être pas moins contraires à cette dernière, dans ce cas l'article 88-1 n'est-il pas enfreint ? Dans une moindre mesure certes, mais enfreint tout de même. Enfin, en ne s'intéressant qu'aux lois miroirs, le Conseil laisse un pan entier du droit communautaire dériver hors de son contentieux.

En définitive, le Conseil a inscrit son contentieux de l'article 61 dans la normalité constitutionnelle européenne. Il a repris la progression sur le chemin communautaire mais une progression lente et fortement compliquée par l'encombrante et incommode jurisprudence IVG ; une jurisprudence dont le Professeur Carcassone avait prophétisé qu'elle disparaîtrait le jour où serait instauré en France un recours par voie incidente⁸⁴, mais en prévenant immédiatement que cela n'arriverait pas car pareille réforme relèverait de *citer l'alignement des astres*.

En 2008, le recours par voie incidente a été créé et, contre toute attente, au lieu d'en finir avec la jurisprudence IVG, elle lui a redonné une deuxième jeunesse.

C/ Le contentieux de l'article 61-1, une adaptation au droit de l'UE en demi-teinte

Très attendue dans le monde juridique français, l'instauration d'un recours incident de constitutionnalité a été effectuée à la faveur d'une révision constitutionnelle en 2008. Les justiciables se sont donc vus offrir la possibilité de contester, à l'occasion d'une affaire en cours, de façon incidente et donc *a priori* contrairement à la tradition contentieuse française, la constitutionnalité d'une loi portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

⁸² Cons. cost. n°98-400 DC du 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88 3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive n°94/80 CE du 19 décembre 1994*, rec. p. 251.

⁸³ X.MAGNON, *La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence IVG*, rec. Dalloz n°42, 2006, p.2878 ; D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op.cit. p. 122 ; MATHIEU, op.cit. p. 677

⁸⁴ G.CARCASSONE, op. cit et voir le discours du Président du Conseil constitutionnel auditionné par le Comité Balladur : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070919Debre.pdf

Le mécanisme que le législateur organique a décliné en 2009⁸⁵ est donc le suivant : un juge devant lequel l'inconstitutionnalité d'une loi est soulevée doit transférer la question à la plus haute juridiction de son ordre –le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation- afin qu'elle en examine le caractère nouveau et sérieux, et la remettre le cas échéant au Conseil constitutionnel qui a trois mois pour se prononcer. Précision de taille : le législateur organique ajoute à la question de constitutionnalité un caractère prioritaire et la nomme en conséquence question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Concrètement les moyens d'inconstitutionnalité doivent être soulevés avant tout autre moyen de droit. Cet ajout n'est pas anodin, ce caractère prioritaire vise à assurer le succès de la QPC, fortement concurrencée en la matière. En effet, le législateur organique a voulu éviter que le juge ordinaire, rompu à l'exercice du contrôle de conventionalité qui lui permet de mettre de côté une loi contraire au droit de l'UE ou au droit de la CEDH, ne s'adresse systématiquement à la Cour de Luxembourg et/ou de Strasbourg et ne court-circuite le nouveau mécanisme.

Le clash avec le principe de primauté du droit de l'Union était inévitable puisque le caractère prioritaire du recours allait à l'encontre du principe d'équivalence tel que posé par la jurisprudence *Simmenthal* et qui, avec le principe d'effectivité, constitue la base de la primauté du droit de l'UE. Ce problème avait été signalé lors de l'élaboration de la Loi organique de 2009 et il avait un temps été question d'une exception communautaire à la priorité de la QPC⁸⁶. Le législateur organique faisant la sourde oreille a décidé de passer outre les avertissements. Il faut aussi souligner avec le Professeur Gautier que, lors de son contrôle de la loi organique, le Conseil constitutionnel aurait pu anticiper le problème en instaurant lui même une exception communautaire, par le biais d'une réserve d'interprétation par exemple⁸⁷. Tel n'a pas été le cas.

Il n'y a pas eu besoin d'attendre longtemps pour que le conflit éclate au grand jour. Sans revenir sur les détails d'un épisode jurisprudentiel maintes fois commenté⁸⁸, il est cependant nécessaire de rappeler les moments forts de ce qu'il est convenu d'appeler l'épisode Melki.

⁸⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. JO 11/12.2009

⁸⁶ X.MAGNON, *La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand*, RFDC n°84, 2010, p.765, D.BECHILLON, *La question de constitutionnalité peut-elle être prioritaire ? Un arrière-plan à ne pas perdre de vue*, JCP G, 2010, p.550 ; CE, *Rapport public 2010*, Etude et document du Conseil d'Etat, p.103 ; D.SIMON, *Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? Europe 2009*, repère 5.

⁸⁷ M.GAUTIER, *QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes*, *Droit administratif* n°10, 2010, étude 19.

⁸⁸ Pour la presse spécialisée: X.MAGNON, *op. cit.*, P.CASSIA, E.SAULNIER, *La QPC peut-elle être « prioritaire » ?*, *Rec. Dalloz* n°26, 2010, p.1637 ; D.SARMIENTO, *L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, p. 588. D.SIMON, A.RIGAUX, *Le feuillet de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de dame, Quai des brumes, Le jour se lève ? Europe 2010*, repère 6 ; D.SIMON, A.RIGAUX, *Solange, le mot magique du dialogue des juges...*, *Europe* n°7, 2010, repère 7 ; D.SIMON, A.RIGAUX, *Perseverare autem diabolicum ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité...*, *Europe* n°8, repère 8 ;

Messieurs Melki et Abdeli, ressortissants algériens arrêtés dans la bande Schengen entre la France et la Belgique sur le fondement d'un article du code de procédure pénale, contestèrent la constitutionnalité de l'article en question. Les ressortissants invoquaient un contraste entre la norme nationale et l'article 67 du Traité de Lisbonne interdisant les contrôles d'identité aux frontières intra-européennes. Les requérants, sur le modèle de la technique italienne des normes interposées⁸⁹, soulevaient une contradiction avec l'article 88-1 de la Constitution. Bien que les requérants n'aient pas soulevé le problème de la conventionalité de la loi, mais seulement de sa constitutionnalité, les juges du fond estimèrent avoir un double problème en substance : conventionalité et constitutionnalité de loi.

La Cour de cassation⁹⁰, en charge de filtrer les demandes de QPC, s'est abstenue de la transférer au Conseil constitutionnel et n'a même pas pris la peine d'en vérifier les critères d'admissibilité⁹¹. Les juges du Quai de l'Horloge s'en sont référé immédiatement à la CJUE pour s'enquérir de la compatibilité entre la norme nationale avec la norme communautaire et, au passage, mettre la QPC au défi du principe de primauté.

L'argumentaire de la Cassation reposait sur deux points : Tout d'abord, le juge civil remettait en cause la QPC en ce que son caractère prioritaire empêche le juge ordinaire d'utiliser le mécanisme du renvoi préjudiciel en première intention. Remarquons avec le Professeur Houser que celle-ci invoquait une impossibilité d'utiliser un mécanisme dont elle usait précisément. Ensuite, la Cour de cassation évoquait le fait qu'une fois la réponse du Conseil délivrée, le juge ordinaire ne pourrait plus s'adresser à la CJUE puisqu'en vertu de l'article 62 de la Constitution les décisions du Conseil constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et lient tous les juges. Or, la Cour de cassation semblait oublier qu'en accord avec le cadre IVG, une décision du Conseil ne concerne que la constitutionnalité d'une loi, pas sa conventionalité ; qu'une loi déclarée conforme à la Constitution

M.HOUSER, *Question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel : la Cour de justice s'en mêle...sagement*, LPA n°191, 2010, p.6 ; D.ROUSSEAU, *La QPC, évidemment eurocompatible, évidemment utile*, Gaz.Pal. n°180, 2010, p.19-2 ; F.CHALTIEL, *Des premières vicissitudes de la dichotomie entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité*, LPA n°105, 2010, p.6 ; A.LEVADE, *Renvoi préjudicielle versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit !*, Rec. Dalloz, 2010, p.1254 ; G.DONAT, *La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu*, Rec. Dalloz, 2010, p. 1640. F-X.MILLET, *Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC*, RDP n°6, 2010, p. 1729. BECHILLON, *La question de constitutionnalité peut-elle être prioritaire ? Un arrière-plan à ne pas perdre de vue*, JCP G, 2010, p.550 ; M.GAUTHIER, *À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010*, RFDA, 2010, p. 449., B. MATHIEU, *La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg*, JCP 26 avr., 2010, p. 464 ; P.PUIG, *La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première...*, RTD civ. 2010, p.66. ; P. FOMBEUR, *Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2010, p.122 ; P.MANIN, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne*, AJDA, 2010, p. 1023 ; Pour la presse généraliste, voir les articles parus dans Le Monde de ROGER, DRAGO, LUDET, CARCASSONNE, MOLFESSIS, ROUSSEAU, DUHAMEL, LECLERC, REBUT, SOULEZ-LARIVIERE, VEIL (www.lemonde.fr)

⁸⁹ Voir le parallèle tracé par X.MAGNON, *op. cit.* p. 766

⁹⁰ Cass, 16 avril 2010, Aziz Melki et Selim Abdeli, n°10-40.001 et n°10-40.002, RFDA 2010, p. 445.

⁹¹ J.ROUX, *QPC et droit de l'Union européenne : la Cour de cassation ouvre la boîte de Pandore*, Petites affiches n°107, 2010, p.7.

pouvait quand même être renvoyée pour examen à Luxembourg et, en cas d'incompatibilité, être mise à l'écart.

Néanmoins il est vrai que l'application du cadre IVG au recours de l'article 61-1 n'était pas chose acquise. Le Conseil n'avait jamais affirmé cette jurisprudence dans ce cadre là et même le Président du Conseil avait émis des doutes sur sa longévité⁹².

Peu de temps après, le Conseil constitutionnel⁹³ et le Conseil d'Etat⁹⁴ ont répondu de façon cinglante au juge civil. Le Conseil a ouvert le bal en saisissant l'opportunité offerte par le contrôle d'une loi sur les jeux en lignes. Le Conseil a élargi la jurisprudence IVG à la QPC et assuré le respect du principe d'effectivité, les juges du fonds pouvant à tous moments prendre des mesures conservatoires afin de préserver les droits découlant du droit de l'UE. Puis le Conseil a estimé que la QPC était compatible avec le droit de l'UE puisque les juges ordinaires conservent la possibilité de déposer un renvoi préjudiciel aux juges du plateau du Kirchberg. Seulement le juge de la loi ne précisait pas quand ce recours pouvait avoir lieu et c'est bien ce point -le fameux principe d'équivalence selon lequel le mécanisme contentieux communautaire doit bénéficier du même traitement que le système contentieux national- qui posait problème.

Le Conseil d'Etat a repris à son compte l'argumentation de son voisin du Palais Royal, mais a comblé le vide lié au facteur temporel : le juge peut déposer un renvoi préjudiciel à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du TFUE. La QPC avait alors officiellement perdu son P comme le fait remarquer le Professeur Gautier⁹⁵.

La CJUE s'est retrouvée dans une position particulièrement délicate puisqu'elle devait arbitrer un match au sommet mettant en scène trois interprétations divergentes -ou légèrement différentes dans le cas des deux Conseils- provenant des trois plus hautes juridictions françaises. Dans son arrêt Melki⁹⁶, le juge de Luxembourg a fait preuve de tact et de diplomatie en déclarant la QPC « eurocompatible »⁹⁷, contrairement à sa jurisprudence traditionnelle⁹⁸ mais seulement telle

⁹² www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070919Debre.pdf

⁹³ Cons. const. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, JO.13.05.2010, p. 8897.

⁹⁴ CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305

⁹⁵ M.GAUTIER, *op. cit.*

⁹⁶ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selin Abdeli*, Affaires jointes C-188/10 et C-189/10, non publiées au recueil.

⁹⁷ D.ROUSSEAU, *op. cit.*

⁹⁸ Voir les arrêts de la Cour de Justice du 27 juin 1991, *Mecanarte Metalúrgica da Lagoa Lda v Chefe do Serviço da Conferência Final da Alfândega do Porto*, C-348/89, *Rec. 1991*, p. 3277 ; 16 décembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06, *Rec. 2008*, p. 9641 ; 19 novembre 2009, *Krzysztof Filipiak v Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, C-314/08, *Rec. 2009* p.11049 ; 5 octobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov v Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, C-173/09, non publié au recueil ; Voir à ce sujet l'analyse d'un membre de la Cour de Justice, SARMIENTO, *op. cit.*

qu'interprétée par le Conseil d'état, c'est à dire amputée de son caractère prioritaire et donc vidée de son « venin anti-européen »⁹⁹.

En conclusion la CJUE a déclaré aussi les articles du code de procédure contraires au Traité prouvant ainsi que, si la fronde menée par la Cour était discutable, elle n'était en tout cas pas illégitime. Maladroitement, la Cour de cassation a persisté dans sa lutte anti-QPC et refusé de transmettre la QPC au Conseil sous prétexte qu'en tant que juge du droit elle n'était pas en mesure de prendre les mesures conservatoires assurant l'effectivité du principe de primauté. En réalité, comme l'a mis en avant les Professeurs Simon et Rigaux¹⁰⁰, poussant l'orthodoxie communautaire à l'extrême, la Cour de cassation aurait pu invoquer la jurisprudence *Factortame*¹⁰¹ et s'arroger ces pouvoirs non prévus par le système national mais nécessaires pour la bonne application du droit de l'UE.

L'épisode Melki, s'il valide en apparence la QPC, n'en est pas moins une victoire à la Pyrrhus car pour sauver la QPC telle qu'elle était, et adapter son contentieux au droit de l'UE, le Conseil a dû réaffirmer sa très encombrante jurisprudence IVG et abandonner *de facto* le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. Par ailleurs l'arbitrage de la CJUE a été payé au prix fort. En effet, la Cour de Luxembourg, en plus d'enlever son caractère prioritaire à la question de constitutionnalité, est venue établir, à la faveur de deux *obiter dicta*¹⁰², une priorité renversée au profit du renvoi préjudiciel dans le cas des lois miroirs. Dans le cas d'une loi de transposition d'une directive il incombe au juge du fond, doutant de la bonne transposition d'une directive par le législateur français, de chercher l'interprétation de la Cour de Justice avant de s'adresser au Conseil alors qu'une question de constitutionnalité se pose. Là, la priorité n'est plus seulement niée mais contredite car renversée au profit du juge de Luxembourg.

Loin d'appliquer le droit de l'UE et de mettre son contentieux à son service, le juge français tente cahin-caha d'adapter ses recours à la réalité juridique européenne. Cette attitude passive, voire défensive du Conseil constitutionnel, présente à nos yeux deux inconvénients majeurs. Elle renferme le Conseil sur lui-même et le prive d'un dialogue ouvert avec la Cour de Justice, alors que

⁹⁹ D.SIMON, A.RIGAUX, *Solange, le mot magique du dialogue des juges...*, *op. cit.*

¹⁰⁰ D.SIMON, A.RIGAUX, *Perseverare autem diabolicum ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité...*, *op. cit.*

¹⁰¹ CJUE, 25 juillet 1991, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, C-213/89, *Rec. 1991*, p. 02433.

¹⁰² J.ROUX, *La Cour de justice et le contrôle incident de constitutionnalité des directives de l'Union : remarques sur un obiter dictum*, *Rec. Dalloz*, 2010, p.2524

cette dernière lui tend justement la main en ce sens¹⁰³. Enfin, le fait de compartimenter les recours complique la tâche du justiciable qui voit les procédures démultipliées et avec elles le temps pour résoudre son affaire rallongé – ce qui peut paraître paradoxal pour une QPC censée renforcer les libertés et droits garantis.

III/ Regard croisé.

Les principaux outils de comparaison en main, nous pouvons donc nous essayer à une comparaison des réponses que les juges constitutionnels ont apportées à la pénétration du phénomène juridique européen dans les ordres nationaux. Sans évidemment prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons dégager similitudes et différences de types contentieuses (A) mais aussi substantielles (B)

A/ Du point de vue contentieux

Si le mécanisme constitutionnel d'absorption du droit de l'UE est quasi-identique des deux côtés des Alpes (1), son usage par le juge diffère fortement (2). Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, les réponses apportées au rapport avec le droit de l'Union ne sont pas franches et claires (3).

1. Un appareillage constitutionnel semblable

En regardant de près la structure, que les textes constitutionnels français et italiens mettent en place pour accueillir le droit de l'UE, n'est pas très différente. Nous rappelions dans notre introduction que les deux juges n'étaient pas textuellement armés de la même façon à l'origine. Néanmoins au fil du temps, des révisions et des interprétations, les contrastes se sont estompés. En France comme en Italie c'est un tandem d'articles qui permet à l'ordre national d'accueillir le droit de l'UE : les articles 11 et 117§1 pour l'Italie, les articles 54 et 88-1 pour la France. Tous deux relèvent de la même logique : le premier article est la source de l'intégration du droit de l'UE dans l'ordre interne, le second définit la portée de ce droit et les obligations qui en découlent – en Italie comme en France une obligation de respect et de conformité de la part du législateur.

La *Consulta* l'a affirmé clairement: les articles 11 et 117 de la charte constitutionnelle sont interconnectés, l'un ne va pas sans l'autre¹⁰⁴. Dans le cas de la France, la tradition voulait que seul

¹⁰³ La réponse de la Cour de Justice dans l'arrêt Melki a été délivrée par la CJUE en un temps records -66 jours au lieu des 16,1 mois de moyenne qu'elle s'accorde pour traiter une affaire- ouvrant la possibilité d'un usage du renvoi préjudiciel dans le cadre de la QPC (cf. infra).

¹⁰⁴ O.PORCHIA, *Il diritto dell'Unione europea nei ricorsi in via principale*, op.cit.

l'article 55 serve de socle constitutionnel au droit de l'UE, mais pas uniquement puisque tout le droit international passait par cette porte là. L'utilisation de cet article seul, alors même que l'article 88-I offrait une base juridique toute trouvée, avait deux conséquences : priver le droit de l'UE de toute particularité, et faire de l'article 88-1 une simple déclaration d'intention. Dans un second temps, lors des deux cycles jurisprudentiel de 2004 et 2006, on a cru¹⁰⁵ que le Conseil ne retiendrait que l'article 88-1 comme base constitutionnelle du droit de l'UE. La référence unique à l'article 55 avait été remplacée par la référence unique à l'article 88-1. Mais très vite les juges de la rue Montpensier ont réaffirmé la dualité du socle constitutionnel – que la jurisprudence du Conseil d'Etat laissait pourtant présager¹⁰⁶ - puisque dans la décision *Jeux en ligne* le Conseil constitutionnel fait explicitement référence aux deux articles en question¹⁰⁷.

L'appareillage constitutionnel est donc semblable mais bien que les deux juges disposent du même tour de potier, les techniques utilisées divergent, ce qui donne au rapport entre droit constitutionnel et droit interne des formes différentes.

2. Norme interposée, jurisprudence intercalée

En Italie, une loi contraire au droit de l'UE et une loi contraire à la Constitution. Le raisonnement conduit par la *Consulta* est implacable : la Constitution pose le respect d'un corpus juridique externe, par conséquent aller contre ce dernier correspond à manquer aux obligations posées par la première. Les articles 11 et 117 de la Constitution sont en quelque sorte les prismes par lesquels le droit de l'UE fait son entrée dans l'ordre juridique dualiste italien. Comme tout prisme, il peut être déformant comme on a pu le voir à l'occasion de l'analyse des demandes d'admissibilité de referenda abrogatifs, et il est utile, comme le fait la Cour, que le juge de Luxembourg puisse être sollicité. La doctrine italienne a théorisé cette pratique sous le nom de normes interposées¹⁰⁸. Les normes externes –celles de l'UE dans notre cas- prennent effet par l'entremise de normes constitutionnelles.

En France l'approche est différente. Alors que le juge italien reçoit le faisceau lumineux communautaire au travers le prisme constitutionnel, le Conseil constitutionnel considère que la lumière n'a pas à passer, que les contrôles sont séparés. C'est ce qu'il a affirmé en créant l'écran IVG dont le verre n'est pas teinté mais simplement fumé puisque, rappelons-le, la jurisprudence

¹⁰⁵ C.CHARPY, *op. cit.* p.627

¹⁰⁶ CE, 3 juin 2009, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, n° 287110 et le commentaire du Professeur Roux : J.ROUX, *La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution (à propos de l'arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraines et autres)*, RDP n°4, 2007, p.1031-1071

¹⁰⁷ Voir considérants 10 et 17,18 et 20.

¹⁰⁸ X.MAGNON, *op. cit.*

IVG souffre de nombreuses exceptions, la plus notable dans le domaine du droit de l'UE à l'occasion du contrôle des lois de transposition des directives, ces lois que l'on appelle miroirs – et qui nous permettent de continuer à filer la métaphore.

3. Renvoi préjudiciel : « Si, però », « non, mais ».

L'usage du renvoi préjudiciel quant à lui montre que même si la position des juges est différente – l'un l'accepte, l'autre non- les réponses qu'ils apportent en la matière ne sont pas tranchées.

Les juges de la *Consulta* ont en effet dit « oui » au renvoi préjudiciel « mais » seulement dans le cadre du recours principal. La simple lecture des deux décisions ouvrant la voie du recours à l'article 267 du Traité permet d'établir que ce mécanisme est réservé au recours par voie principale puisque la Cour le précise. Cependant, le débat n'est pas clos – en la matière les lignes bougent puisque déjà la Cour constitutionnelle a fait volte-face en revenant sur son refus de principe d'utiliser le renvoi à Luxembourg. En effet, reste à savoir si l'usage de ce mécanisme sera une évolution ou une révolution. Le phénomène sera considéré comme une simple évolution si le recours à l'article 267 du Traité se cantonne au recours direct. Compte tenu de l'aisance avec laquelle la Cour use de la norme communautaire, aisance que nous avons décrite plus haute et qui est proche de celle des juges ordinaires, il était naturel que le juge utilise tous les mécanismes prévus son usage. En revanche, on parlera d'une véritable révolution si la pratique du renvoi préjudiciel se propage aux autres recours constitutionnels. Certains auteurs italiens, comme le Professeur Cartabia¹⁰⁹, avancent déjà cette hypothèse en la limitant toutefois à quelques autres recours, d'autres, comme le Professeur Sorrentino¹¹⁰, ouvrent complètement les vannes et plaident pour un usage généralisé du renvoi préjudiciel, y compris dans le cadre du recours incident. Mais ceci n'est que pure spéculation puisque ce n'est que dans le cadre du recours par voie directe que la Cour a fait usage du droit conféré par le Traité en son article 267.

Côté français, c'est tout l'inverse puisque le Conseil constitutionnel refuse toujours d'institutionnaliser le dialogue avec la Cour de Justice en invoquant très raisonnable *que devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de*

¹⁰⁹ M.CARTABIA, *La corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia europea : argomenti per un dialogo diretto* in Corte Costituzionale *Diritto comunitario e diritto interno*, 2008, Milano, p. 153-174

¹¹⁰ F.SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale : le decisioni 102 e 103 del 2008*, Giuriprudenza costituzionale 2008, p.1288-1291.

*l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*¹¹¹. Mais, récemment, dans une décision *Kamel D.*¹¹² le Conseil constitutionnel s'est livré à un exercice pour le moins inhabituel. En effet, suite à l'arrêt *Melki* et au tribut payé à la Cour de Justice –la fameuse priorité inversée dans le cadre des lois de transposition- le Conseil constitutionnel a décidé de surseoir à statuer¹¹³ et d'attendre que la CJUE puisse donner son interprétation des instruments normatifs de l'UE mis en cause dans l'affaire. En faisant fi des limites temporelles qui enserrrent son contentieux il se pourrait bien que le Conseil ait établi un précédent qui, à terme, balayerait l'argument traditionnel du refus d'utilisation du renvoi préjudiciel qui repose précisément sur le temps du procès constitutionnel français.

B/ De la visions de la primauté

Des similitudes apparaissent à l'observation des réserves constitutionnelles que les juges ont édifiées face au phénomène communautaire et son redoutable principe de primauté (1). Cependant, le rapport à ce principe n'est pas le même pour le Conseil et la *Consulta* (2).

1. Des réserves constitutionnelles identiques et identitaires

Les juges constitutionnels ont, au fil de leur jurisprudence, tracé des lignes de démarcation entre ce qui relève des principes de l'ordre européen et ce qui relève de l'ordre constitutionnel national. Appartenant à une Union toujours plus étroite entre les peuples, il n'est pas étonnant qu'une pléthore de principes et règles de droits soient communs aux niveaux national et européen. Néanmoins, d'après les juges constitutionnels, ce serait nier la spécificité des chartes constitutionnelles nationales que d'affirmer que « tout est dans tout » et que ce que la Constitution garantit à un citoyen (des droits et libertés, à la forme du gouvernement, en passant par les formes d'expression de la démocratie) est automatiquement garanti par l'UE.

Bien que les traités européens ne manquent pas de soupapes de décompression -l'article 6 TUE posant les traditions communes aux Etats membres comme source d'inspiration, l'article 5 TUE posant le respect par l'UE de l'identité constitutionnelle des Etats membres- les Cours constitutionnelles continuent de réaffirmer leur mission de contrôle du respect des contre-limites à

¹¹¹ Cons. Const. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cit. pour l'invocation la plus récente de cette impossibilité.

¹¹² Cons. Const. n°2010-79 QPC, *M Kamel D.*, *JO 19.12.10* et surtout son commentaire au cahier, Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 30, p. 1-8

¹¹³ Selon les termes de H.Haenel, membre du Conseil constitutionnel. Voir H.HAENEL, «Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne », Contribution à la Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

l'intégration ou des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de leur pays, contre lesquels l'Union ne saurait aller. Derrière cet instrument se cache en réalité celui de la primauté de la Constitution et/ou des traités, mais aussi et surtout la capacité des juges à agir en dernière instance, jouir du pouvoir de dernier mot, seul véritable attribut que confère la primauté, ce principe de résolution des conflits entre normes. Le juge Gil Rodríguez Iglesias avec lequel nous ouvrons cette étude ajoutait à son constat du conflit que *La réticence des tribunaux constitutionnels à assumer le principe de la primauté du droit communautaire avec la portée que lui donne la C.J.C.E. est certainement compréhensible en tenant compte du fait que la suprématie de la Constitution constitue le fondement existentiel de ces tribunaux constitutionnels*¹¹⁴.

En la matière l'Italie et la France ont dressé d'identiques remparts. Ce que les juges sont chargés de protéger, ce sont des principes spécifiques à l'ordre constitutionnel national qui n'ont pas d'équivalent au niveau européen et qui en font donc le trait caractéristique. La similitude se fait plus frappante si l'on observe ce qu'il se passe en Allemagne. Comme l'a souligné le Professeur Roux, le Tribunal de Karlsruhe connaît lui aussi des réserves constitutionnelles, mais ces dernières se concentrent plus sur le degré de protection que l'UE apporte à un droit constitutionnellement reconnu que sur la nature de ce droit. La revendication identitaire chère aux juges italiens et français n'a pas lieu d'être outre-Rhin.

Autre point commun entre les juges de la *Consulta* et ceux de la rue Montpensier : aucun d'entre eux n'a à ce jour identifié et utilisé une de ces réserves constitutionnelles qui rappellent les fameux tigres de papier de Mao.

Néanmoins, une différence existe entre les deux juges dans ce domaine: les réserves constitutionnelles italiennes ont été découvertes dans les années 70, alors que ce concept est apparu dans la jurisprudence du Conseil lors des cycles de 2004 et 2006, soit près d'une trentaine d'année plus tard. Ceci est sans doute révélateur du degré de maturation des deux juges vis-à-vis de leur rapport au droit de l'Union.

2. Un rapport différent au principe d'effectivité

Ce degré de maturation n'est pas sans conséquences pratiques. En effet, le principe de primauté du droit communautaire se compose de deux piliers : le principe d'équivalence et le principe d'effectivité. Le premier exige que les conditions d'effectivité de l'application d'une norme européenne soient équivalentes à celles d'une norme nationale comparable et que les règles de procédure contentieuses soient équivalentes -au moins équivalentes- à celles mises en œuvre pour

¹¹⁴ G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea : la Declaración del Tribunal Constitucional*, op. cit. n°20, 2005, p. 5-17

une règle nationale comparable. Le second impose que la règle de procédure contentieuse nationale soit conçue de telle façon que le justiciable soit en mesure d'obtenir gain de cause sur fondement de la norme de l'UE. Il faut donc que la difficulté de la procédure nationale n'entrave pas l'application du droit de l'UE, qu'elle ne soit pas excessive. Si une règle contentieuse nationale ralentit l'application d'une règle de droit de l'UE, la CJUE l'écarte car elle entrave son effectivité¹¹⁵.

En d'autres termes, si une règle de droit national –un renvoi devant la Cour constitutionnelle obligeant le juge ordinaire à surseoir à statuer par exemple- retarde l'application d'une norme de l'UE, alors celle-ci doit être mise de côté. Le principe d'effectivité pose donc le problème du moment du renvoi. Dans le cas fréquent où se pose un double problème de conventionalité et de constitutionnalité, le juge national est face à un dilemme : poser une question au juge de Luxembourg ou à sa Cour constitutionnelle. Ce dilemme n'en est pas vraiment un car, comme l'a réaffirmé l'entier épisode Melki, le juge ordinaire ne peut être privé de la possibilité de poser une question à la Cour de Justice, il peut effectuer un renvoi préjudiciel *à tout instant*. Avant de s'adresser à la Cour constitutionnelle donc, mais aussi après, une fois le problème de la constitutionnalité de la norme tranchée, à la condition toutefois qu'il ne s'agisse pas de norme de l'UE jouissant de l'effet direct pour le juge italien ou de loi miroir pour le juge français. Mais qu'en est-il du renvoi effectué simultanément à la Cour constitutionnelle et à la Cour de Justice ?

La France le permet puisque le juge national peut effectuer le renvoi préjudiciel à tout moment. En dehors du cas des lois miroir où la priorité a été inversée au profit de la Cour de Justice, rien n'empêche le juge national de faire un double renvoi concomitant. Le risque est que, si les juges ne se scrutent pas l'un à l'autre, des solutions fâcheuses peuvent subvenir : la Cour de Justice pourrait déclarer la loi nationale conforme au droit de l'UE alors que le Conseil constitutionnel la déclarerait contraire à la Constitution, et donc ralentirait l'application du droit de l'UE que permettait cette loi censurée¹¹⁶. Encore une fois, un conflit potentiel couve.

Le juge italien, rompu à l'exercice de conciliation entre les ordres, a pris la décision de désamorcer ce conflit. Il l'a fait dans une décision de 2002¹¹⁷ où il a déclaré irrecevable une question incidente de constitutionnalité déposée en même temps qu'un renvoi préjudiciel, qualifiant la situation de manifestement contradictoire. En effet, pour le juge italien agissant main dans la main avec la Cour de Justice, si la loi ne passe pas le test de validité à Luxembourg, elle devra être écartée par le juge ordinaire et n'a donc pas lieu d'être analysée sur le plan de la constitutionnalité. Si elle est

¹¹⁵ L'Italie l'a appris à ses dépens dans le célèbre arrêt *Simmenthal*.

¹¹⁶ Il convient de rappeler ici que toutes les lois nationales permettant l'application du droit de l'UE ne sont pas des lois miroirs, le législateur national ne s'étant pas transformé en simple scribe du législateur de l'Union

¹¹⁷ Cort. Cost. n°85/2002, *GU* 27.03.2002. Sur ce point voir R.CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in Corte Costituzionale, *Diritto comunitario e diritto interno*, 2008, Milano, p. 180

clairement déclarée conforme au droit de l'UE, alors nul besoin d'en examiner la constitutionnalité, du moins pas sur le fondement de l'article 117§1. Ce n'est que dans l'hypothèse d'une réponse insatisfaisante de la Cour de Justice ou dans le cas d'une norme de l'Union influant sur la responsabilité pénale des individus, que la Cour constitutionnelle aura une marge de manœuvre. C'est uniquement dans le cas où la Cour de Justice laisse un espace à la Cour constitutionnelle¹¹⁸ que cette dernière entrera en scène mais pas avant, ni en même temps.

Là où les juges de la *Consulta* rendent tout simplement impossible la technique du double renvoi simultanée, le Conseil constitutionnel la tolère avec les risques que cela implique.

Nous conclurons cette analyse en dévoilant la fin de la citation du juge Iglesias qui nous a servi de fil rouge jusqu'ici, en la restituant dans son intégralité : *La réticence des tribunaux constitutionnels à assumer le principe de la primauté du droit communautaire avec la portée que lui donne la C.J.C.E. est certainement compréhensible en tenant compte du fait que la suprématie de la Constitution constitue le fondement existentiel de ces tribunaux constitutionnels. Au stade actuel de l'intégration européenne, caractérisée, sur le plan juridique, par l'autonomie réciproque relative des ordres juridiques national et communautaire - malgré leurs multiples implications - et par la séparation des organes juridictionnels - qui ne s'intègrent pas dans une relation hiérarchique - le conflit radical entre les exigences de l'ordre communautaire et celles de la Constitution d'un État membre n'est pas susceptible de solution logiquement satisfaisante, puisque tant le droit communautaire que le droit constitutionnel affirment leur prétention à la primauté. Or, un tel conflit radical est en réalité purement hypothétique et tant les tribunaux constitutionnels que la C.J.C.E. peuvent et doivent éviter qu'un tel conflit se produise.*

Face à l'illogisme de la situation dans laquelle se trouvent les ordres constitutionnels, ou plutôt face à la nouveauté que représente le mode de création réticulaire du droit¹¹⁹, seul les juges sont en mesure d'ordonner le pluralisme juridique¹²⁰. Conscients que le dialogue des juges est à prendre au sérieux¹²¹, les juges français et italiens s'affairent à rendre la cohabitation entre droit de l'UE et droit constitutionnel plus aisée, mais chacun à hauteur de ses moyens, ce qui tourne forcément au

¹¹⁸ O.PORCHIA, *Il principio del favor rei, le tradizioni costituzionali comuni e lo spazio lasciato alla corte italiana* dans BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO et VERONESE, *Ai confine del "favor rei", il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, 2005, Turin, p.319-325

¹¹⁹ F.OST, M.VAN DE KERCHOVE, *De la Pyramide au Réseau, pour une théorie dialectique du droit*, 2002, Bruxelles.

¹²⁰ F.DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit – le pluralisme ordonné*, 2006, Paris.

¹²¹ M.CARTABIA, "Taking Dialogue Seriously" *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07, 2007. Cet article mérite notre attention car l'auteur ne remet pas la faute uniquement sur les juges nationaux mais attribue sa part de responsabilité à la Cour de Justice.

désavantage du juge constitutionnel français enserré dans des délais stricts, ne bénéficiant pas des mêmes moyens administratifs que son homologue italien¹²², et dont la composition ne permet pas le même degré de professionnalisation de ses membres. La différence des rapports que les juges italien et français entretiennent avec le droit de l'UE ne serait donc qu'un symptôme de la position de ces derniers dans leurs systèmes juridiques. N'en déplaise à Robert Badinter¹²³, la longue marche du Conseil à la Cour n'est pas encore achevée, l'exemple Italien vient nous le rappeler sur le terrain du droit européen.

¹²² Pour un tour d'horizon européen en la matière voir : D.ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 1998, Paris. La Cour constitutionnelle italienne fait figure de privilégiée dans ce domaine.

¹²³ R.BADINTER, *Une longue marche « Du Conseil à la Cour constitutionnelle »*, Cahier du Conseil constitutionnel n°25, 2009