

## *Tendances du constitutionnalisme contemporain en France et en Europe\**

Silvio Gambino (Université de la Calabre – Italie)

*Sommaire* : Avant-propos. – 1. Quelques observations comparatives sur le contrôle de constitutionnalité des lois: de la centralité de la loi à la primauté de la Constitution. – 2. Constitutionnalisme européen, constitutionnalismes nationaux, protection multilevel des droits fondamentaux. – 2.1. Légitimation constitutionnelle des institutions communautaires et constitutions nationales: une question encore ouverte. – 3. Le processus d'intégration européenne après (et selon) les 'nouveaux' traités'. – 4. La communautarisation de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E.; ses implications sur les droits et les constitutions nationales. – 5. Primauté communautaire, 'contre-limites' et identités constitutionnelles nationales. – 6. Vers un contrôle diffus de la constitutionnalité de l'Union? Réflexions conclusives.

### *Avant-propos*

Tout d'abord, mes remerciements les plus chaleureux à l'Université de Nancy2, à l'AFDC et à mon collègue et ami Stéphane Pierré-Caps pour le grand honneur qui m'a été réservé il y a quelques mois avec l'attribution du doctorat *honoris causa* et pour l'invitation à proposer quelques réflexions à la fin des travaux de ce Congrès, qui évidemment ne concluent pas les thématiques discutées, qui étaient et restent ouvertes. Les contenus du débat de ce Congrès – les axes de réflexion développés autour de divers ateliers – ont souligné les aspects du changement (constitutionnel, institutionnel, jurisprudentiel) enregistrés par le droit constitutionnel en France ainsi qu'en Europe. Je voudrais ainsi vous proposer quelques brèves observations limitées à deux arguments d'une réflexion doctrinaire qui est très développée en France et qui caractérise le débat constitutionnel européen et les rapports juridico-constitutionnels des Pays européens avec les institutions et le droit de l'Union Européenne. Un rapport qui oblige la doctrine et les juges (surtout les juges constitutionnels), après et selon les nouveaux traités européens (après Lisbonne), à s'interroger sur les préceptes, les degrés des défis du processus (en plein développement) de l'intégration européenne. Un rapport qui veut qu'on s'interroge sur les institutions, sur les lieux contemporains de la garantie selon les *standards* les plus élevés de protection des droits et des libertés fondamentales des individus et de la personne humaine dans l'optique du droit constitutionnel interne, du droit comparé, du droit de l'Union européenne, du

---

\* *Leçon de clôture, VIII<sup>e</sup> Congrès Français de Droit Constitutionnel, Nancy 16, 17, 18 juin 2011* (Traduit en français par Régine Laugier, Université de la Calabre, Italie).

droit international/conventionnel, assuré – ce dernier – par la Convention européenne des droits de l’homme.

Donc, en France, comme dans tout Pays européen à démocratie pluraliste, la société et l’Etat changent pour répondre aux tendances enregistrées dans la société, afin d’assurer les objectifs, les finalités des institutions européennes, dans le cadre plus ample d’un processus d’internationalisation/globalisation de l’économie. Les changements qui me semblent caractériser au mieux les nouvelles tendances du droit constitutionnel dans la France et l’Europe contemporaines, analysées dans une optique comparatiste, se rapportent aux conséquences – très importantes pour les individus – des réformes constitutionnelles (2008) les plus récentes en matière de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, d’une part, et au processus d’intégration européenne qui, après l’incorporation (substantielle) de la Charte des droits et des libertés fondamentales (Charte de Nice) dans les traités de l’Union Européenne et l’adhésion de l’Union Européenne à la Convention européenne des droits de l’homme, d’autre part, a permis que la doctrine constitutionnelle souligne la formation, l’existence d’un droit constitutionnel européen, pour le moins à un niveau *statu nascenti*. Dans le premier et le second cas, on est toujours en présence d’un renforcement d’une tendance – la tendance à un droit constitutionnel jurisprudentiel –, qui pose effectivement la question de savoir si ce développement « n’a pas conduit à faire descendre la Constitution de son piedestal », comme l’ont souligné justement Jean Barthélémy, Ferdinand Melin-Soucramanien et Dominique Rousseau dans la présentation de l’Atelier 7 de ce Congrès. Donc, le droit constitutionnel, qui « était le droit noble, le droit du Politique, le droit de l’Etat », devient de plus en plus un droit jurisprudentiel, ‘droit vivant’, un droit qui est formé au fur et à mesure par les juges constitutionnels (et par les juges ‘ordinaires’ dans l’application du droit de l’Union), aussi bien pour les garanties assurées aux droits et aux libertés de l’homme et du citoyen (il faudrait rappeler à ce propos les droits fondamentaux des immigrés), que pour l’équilibre des pouvoirs constitutionnels et des pouvoirs publics en général.

On a posé la question de savoir si le développement de cette tendance jurisprudentielle du droit constitutionnel (en France ainsi que dans les autres Pays européens) constitue « une chance ou, au contraire, un risque ». Si l’on peut citer à ce propos les tendances présentes dans l’expérience politico-constitutionnelle italienne contemporaine, on devrait ajouter qu’une telle tendance, du moins pour ce qui concerne les rapports entre Gouvernement et juges constitutionnels, devrait être considérée – peut-être – comme un risque. Récemment et à ce propos, le Président du Conseil italien a répété plusieurs fois, – je dirais, a menacé – une réforme constitutionnelle pour changer la modalité de composition de la Cour constitutionnelle, taxée par la Haute Politique de manque d’impartialité, de parti-pris politique. Les résultats de la

consultation référendaire récente devrait assurer un changement de cette démarche de la majorité parlementaire italienne ; mais il faudra attendre pour connaître la conclusion de cette histoire.

Avant de proposer quelques très brèves réflexions sur les changements constitutionnels et sur le processus d'intégration européenne, je voudrais tout d'abord exprimer mon accord avec les lignes d'analyse proposées par le prof. François Borella dans son Rapport introductif à ce Congrès. Il a souligné, entre autre, et on ne peut que partager ses réflexions, certaines tendances dans le constitutionnalisme européen orientées vers une perte d'équilibre entre pouvoirs/organes constitutionnels. Depuis longtemps, en France et pas seulement dans ce Pays, le Parlement connaît une grave crise aussi bien au niveau des pouvoirs/fonctions qu'il est appelé à exercer qu'au niveau de ses rapports avec le Gouvernement. Une crise des rapports avec le corps social (corps électoral) se manifeste très clairement, bien qu'avec des modalités différenciées, dans chaque Pays européen. Jour après jour, le modèle d'un parlementarisme fondé sur les partis politiques (*ParteienStaat*) enregistre la crise de ces groupes politico-communautaires en faveur de la personnalisation/présidentialisation des représentants politiques. De ce point d'observation, les rapports entre la souveraineté populaire et la souveraineté constitutionnelle demande, peut-être, une garantie plus efficace de la démocratie interne des partis politiques, avant que ces derniers ne courent le risque d'une évolution 'populiste', comme l'expérience italienne l'a démontré récemment. Comme l'affirme François BORELLA, « constitutionnaliser le peuple » est difficile, mais il faut y penser. Sur la deuxième question soulignée par François BORELLA – la querelle sur la 'Constitution sociale', sur l'Etat et les droits sociaux dans les Pays où ils enregistrent une positivisation constitutionnelle – il faut dire qu'il s'agit d'une question de définition du constitutionnalisme de l'après-guerre<sup>1</sup>. L'évolution la plus récente dans le processus de globalisation de l'économie, comme on sait, a mis en crise l'effectivité de l'Etat social. On ne peut pas penser – sauf en recourant à un surplus d'imagination – que les juges constitutionnels peuvent assurer avec leurs sentences la garantie des droits sociaux si les ressources budgétaires prévues à cette fin diminuent sans cesse, quand elles ne disparaissent pas complètement.

*1. Quelques observations comparatives sur le contrôle de constitutionnalité des lois: de la centralité de la loi à la primauté de la Constitution*

---

<sup>1</sup> Entre autres, cf. S. GAMBINO, *Stato e diritti sociali, fra Costituzioni nazionali e Unione Europea*, Naples, 2009.

Une première tendance qu'il apparaît nécessaire de mettre en évidence a été fortement débattue pendant le Congrès. Elle se réfère à une question qui peut être mieux approfondie si on la considère d'un point de vue historico-constitutionnel d'une part, et selon une méthodologie comparatiste, de l'autre. On renvoie, en d'autres termes, à l'une des modalités qui est et qui a été l'expression d'une culture constitutionnelle d'origine révolutionnaire: la loi en tant qu'expression de la volonté générale et que, par là, seul le Parlement, dans sa souveraineté, peut reconnaître (comme inscrite dans la conscience des hommes) et peut annuler<sup>2</sup>. Cette culture originaire, à la fois rationaliste et positiviste, a constitué l'apport de la doctrine et du constitutionnalisme français moderne (au moment de la réflexion sur l'opportunité, voire la nécessité de prévoir – selon l'apport d'Hans Kelsen de la *Stufentheorie* – le contrôle de la conformité des lois à la Constitution et l'affirmation du principe de constitutionnalité, comme l'avait fait l'Etat de droit libéral pour le contrôle des actes administratifs par la loi).

Je voudrais me permettre de souligner qu'une évolution dans cette matière s'imposait, afin de relier de façon plus adéquate le principe démocratique avec le principe de constitutionnalité. Depuis, la loi a beaucoup changé; elle est devenue quelquefois réglementaire<sup>3</sup>; dans l'évolution constitutionnelle, surtout dans l'évolution de la V<sup>e</sup> République, elle est devenue de plus en plus l'expression d'une politique de la majorité parlementaire, le procédé du Gouvernement<sup>4</sup>. Il est nécessaire de prendre conscience que, au cours de cette évolution, la loi pouvait être contraire à la Constitution, et qu'il fallait prévoir des solutions juridiques qui ne se limitent pas seulement à

---

<sup>2</sup> Parmi la vaste bibliographie, cf. au moins: MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. I, chap. I; R. CARRE DE MALBERG, *Théorie générale de l'état (spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français)*, Paris, 1920; G. BURDEAU, « loi », *Encyclopaedia Universalis*, vol. X et du même auteur « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, 1-2, ainsi que *Traité de science politique*, 1974, t. VIII, chap. II; Id., « L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi », *Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, 1966, p. 103; J. BARTHELEMY, « Un tournant dans les conceptions françaises sur la loi », *Revue philosophique*, 1939, p. 364 sqq.; R. MASPETIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents », *Etudes et Documents Conseil d'Etat*, 1949; J.M. COTTERET, *Le pouvoir législatif en France*, Paris, 1962; M. CHARLIER, « Vicissitudes de la loi », *Mélanges Maury*, 1960, t. II; G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949; L.A. SAUVAGEOT, « Dévaluation de la loi », *Revue politique et parlementaire*, 1946 et du même auteur « Evolution et progrès du droit », (collectif), *La crisi del diritto*, Padoue, 1953; R. SAVATIER, « Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif », *Mélanges Dabin*, 1963, t. I; H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », *Mélanges à Carré de Malberg*, Paris, 1933; Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1909 (Milan, 1969); S. SFORZA, « La crisi della legge », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1954; G. CIANFEROTTI, « La crisi dello Stato liberale nella giurisprudenza italiana del primo Novecento », A. MAZZACANE (dir.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Naples, 1986; S. FOIS, *La 'riserva di legge'. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milan, 1963; H. KELSEN, *La democrazia*, 1955; F. MODUGNO, « Legge », *Enciclopedia del diritto*, p. 889; F. NEUMANN, « Mutamenti della funzione della legge nella società borghese », Id., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologne, 1957 (ed. it.).

<sup>3</sup> Cf. M. LEROY, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, 1908; dans le même sens, dans la doctrine italienne, cf. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milan, 1968.

<sup>4</sup> Cf. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923; A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix-en-Provence, 1927; B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931; G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *Revue du droit public*, 1945; Id., « L'échec du parlementarisme 'rationalisé' », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, p. 100 sqq.; J.-P. MACHELON, *La République contre les libertés?*, Paris, 1976; L. ELIA, « Governo (forme di) », *Enciclopedia del diritto*, XIX; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Milan, 1984.

la justice administrative. La Constitution de 1958 n'avait pas prévu de formes efficaces à ce propos. Le contrôle assuré par le Conseil constitutionnel n'avait été pensé que dans la logique d'un 'organe régulateur' des pouvoirs constitutionnels. L'absence de sanctions constitutionnelles définies, dans ce sens, doit conduire à l'affirmation d'une indistinction entre pouvoir législatif et pouvoir constituant et, en même temps, à une sorte (plus ou moins complète) d'équivalence-équi-ordination entre loi et Constitution.

Ceci dit à propos de l'évolution d'une idée centrale dans le constitutionnalisme français, il faut relever une tendance constitutionnelle dans cette expérience constitutionnelle (comme en général dans le constitutionnalisme européen) qui renforce le rôle du développement du droit constitutionnel jurisprudentiel. Ainsi, selon ce changement constitutionnel, le Conseil a refusé (si je peux répéter les mots très clairs de RIVERO) le rôle de "chien de garde de l'Exécutif contre le pouvoir législatif" de ce Pays. De par sa jurisprudence (surtout à partir de 1971), il est devenu un organe essentiel de garantie des droits et des libertés<sup>5</sup>. Le droit constitutionnel français des libertés, surtout publiques, a été développé selon des modalités et avec une intensité qu'il était difficile de prévoir au moment de la rédaction de la Constitution de la V<sup>e</sup> République<sup>6</sup>. La conclusion de cette tendance nous conduit à reconnaître en France le développement notable d'un processus de création par les juges constitutionnels de droits et de libertés selon des modalités qui étaient déjà développées ailleurs. Donc, même en France, et non pas à travers une décision constituante, la loi doit reconnaître la primauté, la supériorité de la Constitution. L'affirmation de ce principe de constitutionnalité à travers l'intégration des modalités traditionnelles d'organisation des pouvoirs constitutionnels avec la juridictionnalisation constitutionnelle des droits semble pouvoir être reconnue comme l'un des éléments du nouveau constitutionnalisme en France, ainsi que du constitutionnalisme européen en général.

Evidemment, cette évolution pose quelques problèmes. Le rôle majeur reconnu aux juges constitutionnels et certaines tendances des juridictions constitutionnelles européennes contemporaines (avec la création de nouveaux instruments processuels) légitiment la question de savoir si les Cours constitutionnelles ne deviennent-elles pas un "legislateur parallèle"<sup>7</sup>. Une

---

<sup>5</sup> Parmi la vaste bibliographie, cf. aussi S. GAMBINO, « La giustizia costituzionale in Francia. Il Conseil Constitutionnel da regolatore dell'attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche », *Politica del diritto*, 1988, n. 4; Id., *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità. Il caso francese. I. Profili storico-dogmatici*, Turin, 1988.

<sup>6</sup> Entre autres, cf. L. FAVOREU - J.A. JOLOWICZ, *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Paris, 1986; L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité des pouvoirs publics », *Revue du droit public*, 1967; L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, 1982.

<sup>7</sup> Sur le développement de cette tendance dans l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne, cf., entre autres, G. ZAGREBELSKÝ, « La Corte costituzionale e il legislatore », P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (dir.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologne, 1982, p. 103 sqq.; F. MODUGNO, « Corte costituzionale e potere

autre question se pose sur la nature et le jugement qu'il faudra reconnaître à certaines évolutions du fonctionnement des Cours constitutionnelles: une évolution des Cours à fonctionner en tant que facteurs d'équilibre et d'intégration sociale<sup>8</sup>. On peut ajouter que l'autre question de la doctrine constitutionnelle qui se demande si « on connaît d'autres modalités pour assurer le régime des libertés qui ne soit pas celui de la démocratie à travers le droit »<sup>9</sup> reste également ouverte et sans réponse. Pour conclure sur ce premier point, il me semble qu'on peut dire que l'expérience constitutionnelle française (à partir de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2008) constitue une démonstration concrète de la légitimité et de l'actualité du problème sur qui est appelé à opérer en tant que « gardien de la Constitution »<sup>10</sup>. Un véritable noeud gordien de la démocratie contemporaine!

Comme on peut voir dans cette analyse, ce qui ressort fortement est la différence entre le modèle constitutionnel et la réalité constitutionnelle. Dans cette évolution, on enregistre le protagonisme des juges constitutionnels français, leur référence aux modèles européens des Cours constitutionnelles – en tant que Cours juridictionnelles – plutôt qu'à d'autres modèles – politiques – desquels ils étaient plus proches, si l'on pense au mode de formation/composition du Conseil constitutionnel.

Une telle démarche pourra peut-être être suivie pour résoudre les questions théoriques et jurisprudentielles qui ont été discutées pendant le Congrès. Il s'agit de la définition d'une double préjudicialité (constitutionnelle et conventionnelle) et de la jurisprudence jusqu'ici pratiquée par la Cour de Cassation et par le Conseil d'Etat, selon les dispositions constitutionnelles du nouvel article 61-1 de la Constitution et du nouvel article 62-2 de la Constitution. La question est posée depuis deux ans en France, pour régler ce qui a été défini comme la « guerre des juges » sur la

---

legislativo », dans la dernière *op. cit.*, qui parle d'une « funzione legislativa collaterale »; G. SILVESTRI, « Le sentenze normative della Corte costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, p. 1685 sqq.

<sup>8</sup> Cf. F. MODUGNO, « La Corte costituzionale oggi », in G. LOMBARDI (dir.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985, p. 33; V. CRISAFULLI, « Giustizia costituzionale potere legislativo », *Diritto e società*, 1978, p. 53 sqq., et précédemment, avec une mise en relief de la carence de légitimation démocratique de la Cour, « La Corte costituzionale fra Magistratura e Parlamento », *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padoue, 1958, IV, p. 275.

<sup>9</sup> Cf. A. La PERGOLA, « Le garanzie giurisdizionali della Costituzione », (collectif), *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bologne, 1978, p. 34. Cette question a été et est encore aujourd'hui objet de réflexion et de débat constitutionnel au sein des systèmes politico-constitutionnels. Comme il a été observé, « e problème de l'origine du contrôle de constitutionnalité aujourd'hui s'est transformé en un autre type de problème, c'est-à-dire la façon par laquelle ce type de contrôle de constitutionnalité est légitimé [...] on ne peut peut-être plus parler d'un gardien de la Constitution puisqu'il n'y a plus seulement une Constitution à garder en tant que valeur symbolique, mais il y a aussi l'évolution d'un système à garantir, et en garantissant ce système on garantit aussi l'ensemble, la table des valeurs des constitutions, en donnant au système l'effectivité qui s'exprime dans l'adhésion qui est aujourd'hui attribuée non seulement sur la base d'une acceptation politique 'émotive', mais attribuée également en rapport au fondement avec lequel l'institution légitime son efficacité » (dans ce sens G. LOMBARDI, « Giustizia costituzionale e tecniche di giudizio: problemi e prospettive », G. LOMBARDI (dir.), *Costituzione e giustizia costituzionale ... cit.*, p. 478).

<sup>10</sup> Sur ce point, cf. Journées d'études des 16-17 mars 1989, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, 1990.

question de la double préjudicialité et sur le contenu de la décision de la Cour de justice (23 juin 2010)<sup>11</sup>. Toutefois, d'une certaine façon, la question posée n'est pas propre à l'expérience constitutionnelle française, si l'on considère qu'une même démarche est suivie dans d'autres Pays, du moins dans les Pays qui ont prévu un contrôle de la Constitution des textes des nouveaux traités avant leur ratification. En tout cas, la Cour de Justice a affirmé qu'on ne peut pas prévoir une procédure législative nationale qui puisse « empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles »<sup>12</sup>. Dans la mesure où la question prioritaire de constitutionnalité n'interdit pas que le juge ordinaire exerce ces fonctions conformément aux principes processuels en vigueur dans le système supranational, la Cour de justice reconnaît la conformité au Traité d'une législation nationale qui prévoit une procédure comme la QPC, ainsi que prévue par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat<sup>13</sup>. Dans ce sens, le Juge de Luxembourg a donc affirmé que les juges nationaux doivent rester libres « de saisir la Cour, à tout moment de la procédure qu'ils jugent approprié et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, de toute question préjudicielle qu'ils jugent nécessaire », d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer « la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union », ainsi que « de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause s'ils la jugent contraire au droit de l'Union »<sup>14</sup>.

Dans un dernier point d'analyse, il faudrait penser aux effets du processus d'intégration européenne dans les constitutionnalismes nationaux<sup>15</sup>. On utilisera à ce propos la méthodologie comparative. Sur ce sujet, surtout après Lisbonne, je me permets d'affirmer aujourd'hui qu'on est en présence d'une tendance très forte vers la formation d'un droit constitutionnel commun européen. Evidemment, la Charte des droits et des libertés de l'Union Européenne ne joue pas le

---

<sup>11</sup> Cf. B. MATHIEU, « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n. 2010.605 DC du Conseil Constitutionnel », *La semaine juridique*, 2010, n. 21; A. LEVADE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard: la réplique du Conseil Constitutionnel à la Cour de cassation! », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1321 sqq.; X. MAGNON, V. BERNAUD, K. FOUCHER, J.-P. MIGNARD, Th.S. RENOUX (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Paris, 2010; D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2010.

<sup>12</sup> CJUE, C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sèlim Abdeli*, para. 57.

<sup>13</sup> Entre autres, cf. A. ROVAGNATI, « Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione Europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa, vicenda giurisdiziarica francese », in *AIC-Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (N. 00 du 2/07/2010); M. CALAMO SPECCHIA, « Il Conseil constitutionnel e l'exception d'incostituzionalità », in *www.astrid.eu*.

<sup>14</sup> CJUE, C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sèlim Abdeli*, para. 57.

<sup>15</sup> Cf. J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, 2010.

rôle que le *Bill of Rights* a joué aux origines du droit constitutionnel moderne. Il faudra donc poursuivre l'analyse qui souligne la différence entre Traité et Constitution. C'est le temps d'un constitutionnalisme à plusieurs niveaux de garantie des droits et des libertés (*multilevel constitutionalism*) dans lequel coexistent plusieurs Chartes constitutionnelles et donc plusieurs Cours constitutionnelles<sup>16</sup>. Un dialogue entre ces Cours deviendra toujours plus nécessaire, je dirais obligatoire, qui pourra rendre justice à la garantie et au "noyau dur" de chaque constitutionnalisme (les principes et les droits fondamentaux nationaux). Le droit constitutionnel de chaque Pays européen se présentera de plus en plus comme un droit jurisprudentiel. La garantie de l'identité constitutionnelle nationale, prévue à l'article 4 du Traité de Lisbonne, pourra assurer la doctrine des contre-limites nationales et, avec elles, le rôle et les garanties de la protection des droits fondamentaux par rapport à d'autres niveaux de droit (communautaire, international, conventionnel). Pour cela, le défi entre les constitutionnalismes nationaux et les droits des libertés au niveau européen doit se poursuivre à travers la lecture et l'interprétation des juges de ce système. Un système qui est complexe et qui le restera longtemps.

## *2. Constitutionnalisme européen, constitutionnalismes nationaux, protection multilevel des droits fondamentaux*

### *2.1. Légitimation constitutionnelle des institutions communautaires et constitutions nationales: une question encore ouverte*

Les brèves considérations qui suivent se limiteront à examiner quelques unes des nombreuses problématiques (anciennes et récentes) débattues par la doctrine sur les rapports entre le processus d'intégration communautaire<sup>17</sup> et l'évolution du constitutionnalisme moderne et contemporain. Cette analyse sera l'occasion de rappeler des thématiques connues des chercheurs en droit constitutionnel et communautaire, en particulier celles qui se rapportent à l'affirmation

---

<sup>16</sup> Entre autres, cf. S. GAMBINO, « *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali* », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 3; Id., « *Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari* », in S. GAMBINO (dir.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milan, 2006.

<sup>17</sup> La *Guida alla redazione degli atti amministrativi. Regole e suggerimenti*, rédigée par l'Institut de théorie et techniques de l'information juridique du CNR et par l'*Accademia della Crusca* (ITTIG-CNR, 2011), signale l'opportunité d'adopter le terme « unionale » en substitution de « communautaire » pour qualifier les actes ou les institutions de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne. Cependant, du moins dans la langue italienne courante, l'adjectif « unionale » apparaît assez cacophonique et, en tous cas, non comparable à l'immédiateté explicite de l'adjectif traditionnel « communautaire » pour indiquer les actes de l'U.E. C'est dans cette optique communicative que je continuerai à utiliser l'adjectif « communautaire ».

du principe de primauté du droit communautaire et aux ‘contre-limites’<sup>18</sup> posées par certaines juridictions constitutionnelles comme garantie des principes fondamentaux et des dispositions constitutionnelles nationales en matière de droits fondamentaux<sup>19</sup>.

Après un demi-siècle, l’intégration communautaire se caractérise par un processus avancé, non sans obstacles, quant aux techniques suivies par le constitutionnalisme moderne et contemporain dans la fondation/légitimation de la souveraineté des Etats nationaux. L’analyse impose ainsi de placer cette approche dans le cadre des modalités organisées par les systèmes constitutionnels pour guider le changement constitutionnel. Cela parce que, dogmatiquement, – par rapport au processus d’intégration communautaire (dont on reconnaît amplement la réalité pour le soutien du marché commun européen) – les normes constitutionnelles prévues par chaque Etat européen pour les procédures de révision constitutionnelle, ainsi que la limite matérielle posée par le respect des principes et des droits fondamentaux et, naturellement, celle des procédures formelles à suivre, ne peuvent être considérées comme ni dépassées ni dérogées<sup>20</sup>.

La doctrine constitutionnelle a déjà souligné comment (et surtout) la ratification des traités de Maastricht, d’Amsterdam et actuellement de Lisbonne constituent à la fois des étapes fondamentales pour l’évolution du droit constitutionnel européen et une nouvelle phase du processus de consolidation d’une Union sans cesse plus étroite entre les peuples d’Europe. L’art. 6 du Traité U.E. engage l’Union – pour la première fois de façon solennelle et juridico-formelle – à respecter « les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ... et ceux résultant des traditions constitutionnelles communes des Etats membres, en tant que principes généraux du droit

---

<sup>18</sup> Entre autres, S. GAMBINO, « La Carta e le Corti costituzionali. ‘Controlimiti’ e ‘protezione equivalente’ », *Politica del diritto*, 2006, n. 3; A. CELOTTO - T. GROPPI, « Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti », *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. CELOTTO, « Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona », (collectif), *Scritti sul processo costituente europeo*, Naples, 2009.

<sup>19</sup> Cf. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Naples, 2005; M. CARTABIA (dir.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologne, 2007; C. PINELLI, « I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza », *Pol. del dir.*, 2008, n. 1; G.F. FERRARI (dir.) *Corti nazionali e Corti europee*, Naples, 2006; N. ZANON (dir.), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; T. GIOVANNETTI, *L’Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell’integrazione comunitaria*, Turin, 2009; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padoue, 2008; G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Naples, 2009; O. POLLICINO, « Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali », *Dir. Un. Eur.*, 2009, n. 1; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Rome, 2009; J. TAJADURA-J. De MIGUEL (dir.), *Justicia constitucional y Unión europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, 2008.

<sup>20</sup> Cf. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milan, 2009; Id., « La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario como proceso materialiter constituyente: un análisis tras la categorías clásicas del derecho público europeo y de la experiencia concreta », (collectif), *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, 2006, p. 261-308.

communautaire ». Malgré la gradualité des modalités différenciées de protection des droits dans les constitutions nationales, on relève désormais une positivisation communautaire complète des droits fondamentaux (qui ont la force juridique propre des traités), qui accompagnera nécessairement la transformation du droit communautaire vers la formation lente mais de plus en plus déterminée d'un droit constitutionnel européen. Les parlements des Pays européens sont majoritairement concernés par l'exigence d'assurer le processus de modification, par le biais de mesures constitutionnelles internes pertinentes, afin d'harmoniser leur propre système constitutionnel aux principes à peine évoqués. De nombreux états ont déjà effectué les révisions constitutionnelles nécessaires; les autres seront appelés à le faire. La doctrine constitutionnelle et, en particulier, la doctrine comparatiste, ont un vaste matériel d'enquête pour l'analyse des limites constitutionnelles liées au processus d'intégration communautaire et des voies suivies et à suivre ; analyse qui aura une grande influence sur les résultats du processus, surtout si l'on pense à la double voie parlementaire et référendaire et à l'impact que ces deux voies auront sur la formation de l'opinion publique et, encore plus, sur une véritable conscience constitutionnelle communautaire, en d'autres termes, sur « un esprit communautaire ». La Cour communautaire, d'autre part, avait déjà abouti à la qualification du système communautaire comme « Charte constitutionnelle de base »<sup>21</sup>, voire comme « Charte constitutionnelle d'une communauté de droit »<sup>22</sup>.

Les solutions suivies jusqu'ici par les Etats européens sont variées<sup>23</sup>. Dans une approche très générale, on peut rappeler que le 'retard' de certains Pays en matière d'intégration communautaire a été amplement comblé par une série d'actes aussi bien positifs (traités, accords) que jurisprudentiels et de révision constitutionnelle. L'alignement de la France sur les positions juridiques des autres Etats membres de l'Union Européenne peut être considéré comme atteint. Avec l'art. 88.1 Const., le choix adopté a été, en effet, le même que celui de l'Allemagne (art. 23 LFB) et du Portugal (art. 7.6 Const.): il se qualifie comme respectueux de la souveraineté nationale, mais aussi comme un signal explicite et sans équivoque d'ouverture à l'Europe<sup>24</sup>. Toutefois, certains problèmes restent ouverts. Les chartes constitutionnelles, bien que révisées, ne peuvent pas tout; il reste des limites aux cessions de la souveraineté, surtout en ce qui concerne les principes et les droits fondamentaux; en définitive, il faudrait que les constitutions nationales s'imposent au droit communautaire. On peut l'affirmer et l'argumenter sur la base des

---

<sup>21</sup> CJCE, 23/4/1986, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement européen*.

<sup>22</sup> CJCE, avis 1/91, *Espace économique européen*, du 14 décembre 1991.

<sup>23</sup> Cf. V. ONIDA, « Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne » (p. 139), et T. GROPPPI, « Les droits fondamentaux en Europe et la jurisprudence 'multi-niveaux' » (p. 161), E. PACIOTTI (dir.), *Les droits fondamentaux en Europe*, Rome, 2011.

<sup>24</sup> Cf. V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel français*, Paris, 2010, p. 260 sqq.

différentes opinions du Juge communautaire. Ces problématiques ne peuvent être résolues que si l'on recourt au pouvoir constituant originaire (lui aussi problématique). Comme une partie de la doctrine constitutionnelle l'a observé, on ne peut pas proprement parler de *déficit* démocratique quand on affronte les thématiques des rapports entre Constitution nationale et droit communautaire, mais plutôt de *déficit* constitutionnel; celui-ci apparaît surmontable seulement avec le renvoi aux sujets qui peuvent résoudre ce *déficit* de légitimation constitutionnelle: les peuples souverains de l'Europe. Dans cette optique, il est vrai que les conflits entre les systèmes nationaux et ceux de l'Union sont plus craints qu'effectifs, mais on peut observer également que si les juges nationaux s'efforcent de concilier les règles constitutionnelles et le droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est orientée, inversement, vers le soutien de la primauté du droit communautaire sur celui des Etats membres de l'Union, également en matière de droits fondamentaux<sup>25</sup>. D'autre part, la prévision dans le Traité de l'Union Européenne de la disposition sur les "traditions constitutionnelles communes aux Etats membres" ne peut que fonder des principes généraux du droit auquel la Cour de Justice doit se tenir dans sa propre juridiction. Cela devrait atténuer, jusqu'à les faire disparaître, les craintes de violation des constitutions nationales de la part du droit communautaire. La question du caractère justiciable des actes du droit communautaire dérivé est encore partiellement irrésolue. En Italie, par exemple, elle a trouvé une solution en référence (toutefois faible) à l'article 11 de la Constitution. Cette question suggère de façon plus convaincante le respect explicite du principe démocratique par le biais d'une révision et d'une adaptation des constitutions nationales dans le but d'établir un contrôle possible *a priori* des traités. Dans ce cadre, les Cours constitutionnelles sont appelées, plus fréquemment aujourd'hui, à marquer les limites du développement du droit communautaire, provoquant ainsi une prise de conscience plus nette du fait qu'il est nécessaire, d'une fois à l'autre, de réviser la Constitution (dans les limites constitutionnelles permises dans chaque système national) si l'on veut faire progresser l'intégration communautaire. La Constitution européenne – comme l'observe la doctrine constitutionnelle majoritaire – ne peut progresser sans des révisions périodiques des constitutions nationales.

Ainsi, la Constitution européenne semble être devenue le point de coagulation de ce processus évolutif/intégratif, la réponse formelle aux problèmes soulevés par la globalisation des marchés et par le polycentrisme des pouvoirs publics, c'est-à-dire par le pluralisme des centres de décision technocratique et le polymorphisme des institutions démocratiques. L'idée d'une

---

<sup>25</sup> Cf. M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologne, 2007; M. CARTABIA, B. de WITTE, P. PEREZ TREMPS (dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005.

Constitution 'élargie' ne représente donc pas seulement le dernier stade évolutif d'un constitutionnalisme dynamique qui porte le germe du supranationalisme, mais apparaît aussi et surtout comme l'énième effort de la théorie constitutionnelle pour restituer au politique – exactement comme il y a un demi-siècle – le contrôle de l'économie, en redessinant le système des sources et des organismes communautaires où se sédimente le pouvoir de l'ancien souverain national et le soumettant, d'une part, aux règles de la démocratie politique et aux formes de la légitimation démocratique, et, de l'autre, au principe directeur de l'effectivité des droits fondamentaux. Ce que sous-tend la Constitution européenne se présente donc comme une idée globale de renouvellement du système institutionnel des Communautés et d'enrichissement du système des identités et de la citoyenneté dans l'Union Européenne.

En examinant le présent selon les catégories conceptuelles du passé récent, il est aisé de se rendre compte que, au-delà des forcements conceptuels et sémantiques par lesquels l'on cherche à formaliser le processus d'intégration politique de l'Union Européenne, il n'existe pas encore de Constitution européenne dans le vrai sens du terme. Le manque d'acte constituant reconductible à un peuple souverain, la non observation du principe de séparation des pouvoirs de Montesquieu, l'absence (jusqu'au Traité de Lisbonne) d'un catalogue complet des droits en mesure de poser sous le principe directeur de l'égalité formelle et substantielle les rapports entre l'Union européenne et ses citoyens, révèlent une grande distance par rapport au système philosophique et juridique qui soutient et représente l'essence du constitutionnalisme moderne et contemporain. S'il apparaît clair que le droit primaire européen n'est pas encore déclinable comme « droit constitutionnel », il apparaît aussi évident qu'il est renforcé par de nombreux éléments de cette même nature qui, en se mêlant à différents dosages aux systèmes constitutionnels du passé récent, donnent vie non pas à une Constitution européenne, mais à un 'système constitutionnel' soutenu formellement par les traités, qui vit et s'exprime matériellement au travers d'organismes aux compétences assimilables en grande partie aux pouvoirs considérés traditionnellement souverains. Il est difficile d'établir si ce système constitutionnel au caractère fragmentaire est une forme constitutionnelle privée de sa substance ou bien une substance constitutionnelle sans forme. Ce qui est certain c'est que le processus en acte, qui transforme la tradition constitutionnelle du XX<sup>e</sup>, a ouvert une profonde phase de transition qui élargit les horizons spatiaux du constitutionnalisme et, mais pas toujours et avec une intensité différente, ceux de la démocratie. Pour analyser ce phénomène complexe avec le bagage conceptuel du passé et la prudence de celui qui s'apprête à entreprendre un voyage dans le présent en conservant le goût de capter les détails nouveaux ou cachés d'un paysage clair-

obscur, il est nécessaire de relever que le système constitutionnel européen, qui se place au XXI<sup>e</sup> siècle sous l'enseigne de l'effectivité, se définit de plus en plus comme un 'constitutionnalisme des gouvernants', en d'autres termes un 'constitutionnalisme venant du haut', très différent donc du 'constitutionnalisme des gouvernés' protagoniste de la construction des Etats européens du début mais surtout de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> s. Cela parce qu'il manque un acte formel voulu et légitimé par le peuple souverain pour sceller les principes qui règlementent l'organisation institutionnelle de l'Union européenne et ses rapports avec ses propres citoyens; non seulement parce que ce pouvoir constituant à travers lequel le peuple, qui se reconnaît souverain, choisit la forme juridique de sa propre unité politique, est sans cesse transféré à des instances nationales et supranationales, mais parce que ce même pouvoir constituant, qui ressent la limite du respect des droits fondamentaux, est sans cesse remis à des instances différentes par le titulaire originaire. On découvre ainsi que le système constitutionnel est loin de répondre aux règles traditionnelles de la démocratie représentative qui est désormais partie intégrante de la culture politique et juridique des ordonnancements juridiques occidentaux et que son Parlement, organisme représentatif par antonomase, tout en ayant accru et reformulé son rôle au cours des dernières années, ne possède pas de capacités de décision effectives importantes. Les décisions les plus importantes tendent à être l'apanage prioritaire (si ce n'est exclusif) des sommets des exécutifs des Etats ou de la technocratie communautaire. Le résultat, sûrement ambigu, est que, dans le système européen, l'organisme représentatif manque de capacité de décision autonome et que les organismes ayant une telle capacité finissent, par défaut de représentativité (de premier degré), par manquer de légitimité et de responsabilité. Si l'on ajoute à cela que les parlements nationaux réussissent difficilement (de moins en moins difficilement toutefois) à s'insérer dans ces processus de décision, il est aisé de comprendre que le constitutionnalisme européen opère une expropriation substantielle du pouvoir législatif et, donc, une lésion incisive du principe de souveraineté populaire, clé de voûte de l'Etat de droit qui identifie dans les citoyens l'origine et le fondement de la souveraineté et veut que les pouvoirs fondamentaux de l'Etat soient exercés par les citoyens à travers leurs représentants élus librement.

Ce *déficit* de légitimation démocratique qui se consume à l'enseigne d'une politique communautaire conçue non pas par l'organisme directement représentatif des communautés nationales, mais par des majorités politiques changeantes qui les expriment, n'est pas le seul aspect sous lequel le constitutionnalisme européen se démontre démocratiquement déficitaire. Sur le plan même de l'effectivité des droits fondamentaux, le système constitutionnel de l'Union européenne n'est pas encore en mesure de prêter des garanties analogues à celles offertes par le

constitutionnalisme national d'après-guerre. Une avancée importante en cette matière a été faite avec le nouveau traité de Lisbonne et attribution de la force juridique des traités à la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. L'on ne peut certainement pas nier que la reconnaissance aux citoyens européens du droit de circuler et de fixer leur propre résidence sur tous les territoires de l'Union, d'être élus au Parlement de Strasbourg et dans leur propre lieu de résidence, indépendamment de leur nationalité, d'adresser des pétitions au Parlement européen et des instances au Médiateur, a dilaté le catalogue des droits et des libertés (« liberté par rapport à » et « liberté de ») en créant les conditions pour enrichir la 'citoyenneté'; mais on ne peut non plus ne pas reconnaître que le constitutionnalisme européen a manqué la réalisation des conditions politico-culturelles pour renouveler les identités et des conditions matérielles pour rendre les citoyens de l'Union européenne égaux en dignité. S'il est clair, donc, que le *déficit* démocratique ou, même, les dérives technocratiques du système constitutionnel ne le mettent pas en mesure, actuellement, d'élargir les horizons de la démocratie, il apparaît encore plus évident que son constitutionnalisme fragmentaire ne laisse pas imaginer un processus linéaire de reproduction progressive à grande échelle des règles constitutionnelles du XX<sup>e</sup> s. Si, d'un côté, le constitutionnalisme européen absorbe, en effet, avec une gradualité croissante les pouvoirs et les compétences des États nationaux, en rongant l'essence de leurs constitutions, de l'autre, il ne semble pas vouloir en reprendre les formes, en refléter les principes et les valeurs. Il offre au nouveau millénaire une trame institutionnelle frêle sur laquelle il apparaît difficile de tisser, avec une citoyenneté qui 'intègre' mais ne 'remplace' pas la citoyenneté nationale, une nouvelle époque élargie des droits et des libertés.

Il faut maintenant se demander si les traités les plus récents de Lisbonne permettent un changement de vitesse plus décisif pour le processus d'intégration. Dans cette perspective, il est nécessaire de soulever quelques questions sur le futur des droits fondamentaux et le droit de l'Union, sans négliger les perspectives de la valorisation de la logique de garantie assurée par la protection *multilevel* des droits fondamentaux<sup>26</sup>, ainsi que sur le 'dialogue' nécessaire entre les

---

<sup>26</sup> Entre autres, cf. F. SORRENTINO, « La tutela multilivello dei diritti », *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005; I. PERNICE, « L'Unione costituzionale europea nella prospettiva della Conferenza Intergovernativa del 2000 » et M. MORLOK, « Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli », in S. PANUNZIO (dir.), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milan, 2002; I. PERNICE et F. MAYER, « La Costituzione integrata dell'Europa », in G. ZAGREBELSKY (dir.), *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Rome-Bari, 2003; P. BILANCIA et E. De MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milan, 2004; G. MORBIDELLI, « La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento europeo », (collectif), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padoue, 2000; S. GAMBINO, « La protection multilevel dei diritti fondamentali (fra Costituzione, trattati comunitari e giurisdizione) », *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Naples, 2008; A. RUGGERI, « Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti' mobili, a garanzia dei diritti fondamentali », *Rivista AIC*, 2011, n. 1; O. POLLICINO, U. SCIARABBA, « La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale », in L. MEZZETTI (dir.) *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padoue, 2009.

Cours (constitutionnelles et de légitimité) nationales et européennes, et les rapports entre ‘justice’ et ‘juridiction’ aux niveaux national, communautaire et européen.

### 3. *Le processus d’intégration européenne après (et selon) les ‘nouveaux’ traités*

Contrairement à la sensibilité constitutionnelle mise en évidence dans le projet du ‘Traité qui institue une Constitution pour l’Europe’, le droit de l’Union continue à être d’actualité en se chargeant des questions complexes posées par la cohabitation entre la culture de l’intégration européenne avec le respect de l’égalité des Etats membres devant les traités et l’identité nationale inhérente à leur structure fondamentale, politique et constitutionnelle, y compris le système des autonomies locales et régionales (article 4 des ‘nouveaux’ traités). Après les modalités adoptées dans le projet du ‘Traité constitutionnel’, bloqué dans son cheminement par les doutes des électeurs français et hollandais, l’intégration européenne est parvenue maintenant à la pleine reconnaissance de la valeur juridique des traités (article 6 des ‘nouveaux’ traités) aux droits (aux libertés et aux principes) établis par la Charte des droits fondamentaux de l’UE.

A la suite de l’incorporation (substantielle) de la Charte des droits fondamentaux de l’Union dans les ‘nouveaux’ traités, le processus d’intégration européen se prêterait, selon certaines lectures, à être considéré comme un processus constitutionnel accompli, en dérogation aux procédures organisées par le droit constitutionnel (non seulement interne) pour assurer la légitimation politique d’une nouvelle Constitution. Selon une conviction diffuse dans la doctrine et dans le monde politico-institutionnel, le processus d’intégration européenne, à la suite de la souscription des réformes les plus récentes des traités, se serait développé et sédimenté, aussi bien avec la rationalisation des dispositions des traités de l’Union souscrits et accueillis par les systèmes nationaux que par l’incorporation – à la façon d’un *Bill of Rights* – de la Charte des droits et l’adhésion de l’UE à la CEDH. Ce processus de positivisation des droits est sous-tendu de questions importantes qui concernent la question du dépassement du ‘déficit’ démocratique des Institutions communautaires et, surtout, celle de la légitimation constitutionnelle. Sur ce point théorique spécifique, la doctrine constitutionnelle du moins en Italie est encore divisée. Certains soulignent la nature pour ainsi dire coutumière du processus d’intégration européenne en cours<sup>27</sup>, qui aurait déterminé de façon factuelle une discontinuité avec le constitutionnalisme

---

<sup>27</sup> Cf. A. RUGGERI, « Quale Costituzione per l’Europa », *Una Costituzione per l’Europa: quali prospettive?* (paper); Id., « Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale: il punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale », (collectif), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e*

européen, incurable désormais du point de vue des systèmes constitutionnels nationaux qui ont été transformés. Il existerait ainsi les conditions pour un constitutionnalisme européen accompli, pleinement autoréférentiel et capable de produire toutes les conséquences juridico-institutionnelles que la primauté et l'application directe de ses dispositions ont eu et continueront à avoir sur les droits nationaux, y compris la matière des droits fondamentaux (à l'exception des 'contre-limites' opposées par certaines juridictions constitutionnelles européennes). Cette orientation est accompagnée d'une lecture de la discontinuité accomplie désormais dans laquelle on souligne les capacités novatrices de la révélation d'un système constitutionnel caché, qui se fonderaient sur la légitimation des citoyens qui agissent par le droit à l'égard de leurs propres Etats (et contre eux). Mais il existe aussi une deuxième lecture, nous dirons, plus prudente<sup>28</sup>. En s'interrogeant sur la nature des traités les plus récents et en en recueillant la nature juridique persistante de Traité (et non pas constitutionnelle), cette orientation offre des arguments en faveur de la thèse selon laquelle les modifications récentes introduites dans les nouveaux traités constituent tout au plus une réorganisation normative de ceux en vigueur précédemment. Tout en soulignant comment la frontière de l'intégration européenne s'est déplacée en avant grâce aux droits, cette orientation insiste sur la persistance du 'déficit' constitutionnel<sup>29</sup>. Selon cette approche, une Constitution en tant qu'acte fondateur d'un système juridique primaire et partie intégrante de celui-ci dans sa composante d'*inner law*, ne pourrait que procéder d'une volonté politiquement et formellement constituante exprimée directement par les peuples européens<sup>30</sup>. Que cet acte constitue l'expression d'une Assemblée constituante ou d'un referendum, n'a pas grande importance; ce qui est indiscutable, c'est que la Constitution européenne doit représenter le résultat d'un processus constituant, légitimé, sans aucun doute, par les titulaires de la souveraineté avec une grande force basée sur la volonté des *demoi* européens. En d'autres termes, il n'est pas pensable qu'un cheminement progressif vers la Constitution européenne

---

*Spagna a confronto*, Milan, 2003; K. BLAIRON, « La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: verso la costituzionalizzazione di un 'diritto comune' europeo », in S. Gambino (dir.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ... cit.*

<sup>28</sup> Cf. M. FIORAVANTI, « Un ibrido fra Trattato e Costituzione », in E. PACIOTTI (dir.), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Rome, 2003; Id., « Il processo costituente europeo », *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 31, Milan, 2003, t. I.

<sup>29</sup> Entre autres, S. GAMBINO, « Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari », in S. GAMBINO (dir.), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milan, 2006.

<sup>30</sup> Entre autres, cf. A. BARBERA, « Esiste una 'costituzione europea'? », *Quaderni costituzionali*, 2000; Ch. FRANCK, « Traité et Constitution: les limites de l'analogie », in P. MAGNETTE (dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, 2002; M. CARTABIA, « I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione », in F. BASSANINI-G. TIBERI, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologne, 2004; R. TONIATTI, « Verso la definizione dei 'valori superiori' dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », in R. TONIATTI (dir.), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padoue, 2002; J. GEHRKRAT, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, 1997; G. SILVESTRI, « Relazione conclusiva », in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (dir.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Turin, 2003.

puisse mettre dans l'ombre les catégories dogmatiques préexistantes qui sont à la base des processus de légitimation constitutionnelle<sup>31</sup>.

Si cette interrogation méthodologique guide et oriente le débat théorique dans la phase actuelle, il n'en reste pas moins que la question sur laquelle nous sommes appelés à réfléchir continue à être d'un grand intérêt pour les raisons que nous allons évoquer. Tout d'abord, la matière des droits fondamentaux au niveau européen et l'apport central de la jurisprudence de la CJUE à leur reconnaissance et à leur protection avant même la consécration (dans le traité) et leur force juridique identique à celle des nouveaux traités (selon la réforme de Lisbonne). Par rapport à cette observation, une idée qui mérite réflexion réside dans l'orientation de certaines Cours constitutionnelles, la Cour Italienne et celle de Karlsruhe en particulier, connue comme la 'doctrine des contre-limites', qui reprend la lecture influente du Juge des lois, italien et allemand, qui nient (dans la jurisprudence constitutionnelle allemande du moins jusqu'à la définition du critère de la 'protection équivalente', accueilli dans la sentence *Solange II*) la primauté du droit de l'Union en matière de principes et droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales.

#### *4. La communautarisation de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E.; ses implications sur les droits et les constitutions nationales*

Par rapport aux questions posées par l'incorporation (substantielle) dans les traités de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. et par son adhésion à la C.E.D.H. (prévue par l'article 6-2 du Traité de Lisbonne), il est opportun de proposer une réflexion approfondie sur la signification de la positivisation des droits fondamentaux au niveau de l'UE et sur les questions soulevées par les rapports entre les droits fondamentaux reconnus par l'Union et les droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales. L'insertion d'un catalogue des droits fondamentaux dans un texte communautaire, matériellement (sinon formellement) constitutionnel, constitue une condition nécessaire (mais non suffisante) à l'accomplissement d'un processus de constitutionnalisation communautaire et à la réalisation du lien indissoluble entre droits et Constitution, qui constitue une des affirmations les plus traditionnelles et actuelles du constitutionnalisme européen et contemporain.

---

<sup>31</sup> Cf. M. FIORAVANTI, *Un ibrido fra 'Trattato' e 'Costituzione' ... cit.*, p. 19.

L'objectif de la réalisation d'une 'Communauté politique' fondée sur la valorisation des droits fondamentaux et sur leur effectivité – en un effort de synthèse qui traduise réellement le patrimoine constitutionnel des Pays membres – représente un 'défi' d'une portée supérieure à ceux auxquels a été confrontée jusqu'ici l'Union européenne, et qui demande des réformes plus vastes et des choix plus clairs de la part des Etats<sup>32</sup>. Les 'nouveaux traités' accueillent la recommandation formulée dans le Rapport final du 'Groupe II – Charte', qui avait été constitué au sein de la *Convention sur le futur de l'Europe*, soulignant l'importance de la distinction entre 'droits' et 'principes', dans le but d'assurer la certitude du droit dans la perspective d'une 'Charte' juridiquement contraignante et dotée d'un *status* constitutionnel. Déjà à partir de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E., comme il faut le rappeler, les 'droits' doivent être respectés, alors que les 'principes' doivent être observés et promus dans leur application selon leurs compétences respectives, car leur application peut nécessiter le recours à des actes législatifs ou exécutifs et retombent ainsi pour leur interprétation sous la compétence des organismes juridictionnels.

On a déjà observé de façon problématique que la distinction entre 'droits' et 'principes' affaiblit la théorie des droits fondamentaux protégés par l'U.E. en ce qui concerne de façon particulière le cadre de ces droits, comme par exemple les droits sociaux, qui exigent, pour être exercés concrètement, un dispositif législatif (appliquant le principe communautaire) et un *facere* administratif (les services publics); de là, l'impression aléatoire de la clause citée, en tant qu'inadaptée à "déclasser la portée" des droits et des principes de la 'Charte'. Bien que la disposition de l'article 52-3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union n'exclut pas que le droit de l'Union puisse concéder une protection plus étendue, en ce qui concerne la portée et les limites de l'interprétation des 'droits' et des 'principes' de l'Union, ces dispositions confirment les droits fondamentaux reconnus dans la CEDH (« signification et portée égale à celle qui leur a été conférée par la susdite Convention »), ceux qui sont fondés dans les traités et enfin tous les autres droits, reconnaissables par exclusion, qui rencontrent les limites et les conditions prévues par l'article 52-1 (dont l'exercice doit respecter « le contenu essentiel de ces droits et libertés »). Il faut toutefois souligner l'ambiguïté de la prévision d'ultérieures limites que ces droits peuvent

---

<sup>32</sup> Cf. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologne, 2002; C. PINELLI, « La Carta dei diritti, la cittadinanza, la vita democratica dell'Unione », in F. BASSANINI - G. TIBERI, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologne, 2004; Id., *Il momento della scrittura*, Bologne, 2002; G. AZZARITI, « Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione », *Pol. del dir.*, 2003, 3, selon lequel les techniques de positivisation des droits « tout en étant insérée dans les traités [...] la couverture 'constitutionnelle' et les garanties fournies effectivement et directement par la Charte des droits fondamentaux – du moins pour de nombreux droits sociaux classiques – n'est pas satisfaisante, elle n'apparaît pas non plus en mesure d'assurer le niveau de protection actuellement existant dans le droit de l'Union, elle ne peut enfin aspirer au rôle de limite par rapport à des violations éventuelles ou des modifications négatives de la protection des droits opérées dans les législations et les pratiques des Etats membres » (p. 339).

connaître quand ces limites apparaissent nécessaires (clause indéterminée et pour cela dangereuse pour le contenu des droits) et « répondent effectivement à des finalités d'intérêt général reconnues par l'Union ou à l'exigence de protéger les droits et les libertés autrui »<sup>33</sup>.

Comme on peut l'observer, les inquiétudes ne manquent pas en ce qui concerne le cadre et la portée des limites possibles aux droits et aux libertés de l'Union, bien que reportés au rang simili-constitutionnel de l'Union. Ces inquiétudes sont alimentées, par ailleurs, par des dispositions ultérieures du Traité de Lisbonne, comme lorsqu'il renvoie, pour la prévision des 'limites', aux 'conditions' indéterminées établies par le droit de l'Union, aux législations et aux pratiques nationales. Cette disposition reste éloignée de la prévision plus ponctuelle des Constitutions européennes sur la réserve de la loi appliquée aux droits, qui est toujours caractérisée et motivée téléologiquement au niveau constitutionnel. Pour cela, on peut partager l'orientation du Président de l'Association italienne des constitutionnalistes<sup>34</sup> qui fait observer que, pour la distinction entre 'droits' et 'principes', nous serons proches des problématiques déjà connues dans le système interne en ce qui concerne les principes fondamentaux établis par la Constitution. Dans cette optique, l'article 52-5 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. pourrait simplement vouloir « exclure que l'on puisse obtenir de l'énonciation d'un principe dans la 'Charte' (d'un principe et non pas d'un droit) des conséquences immédiates et directes à propos de positions subjectives concrètes opposables, si ce n'est en passant par la *interpositio legislatoris*. Un juge ne peut tirer directement d'un principe constitutionnel (non pas d'une norme constitutionnelle qui attribue des droits) une position juridique subjective contraignante sans aucune autre base. Il pourra le faire en interprétant les lois, selon la valeur interprétative de la Constitution, qui n'est pas un contrôle diffus de la constitutionnalité mais une utilisation de la Constitution pour appliquer les lois ordinaires; ou bien il pourra évoquer le principe de contrôle de constitutionnalité sur la loi : c'est-à-dire là où une disposition législative apparaît en violation avec le principe. Il me semble qu'il ne s'agit de rien de différent de ce que nous sommes habitués à penser en ce qui concerne les principes constitutionnels ».

Le véritable problème semble être posé par la prévision de dispositions en matière de juridiction des droits au niveau de l'Union par l'omission d'une organisation des rapports entre celle-ci et les juridictions constitutionnelles nationales, d'une part, et celle de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'autre. En conclusion, les dispositions du Traité de Lisbonne permettent de relever certaines orientations du processus de modification des traités de l'Union

---

<sup>33</sup> Entre autres, cf. S. GAMBINO, « I diritti sociali e l'Unione Europea », *La cittadinanza europea*, 2008, n. 1-2.

<sup>34</sup> Cf. V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. PACIOTTI (dir.), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Rome, 2003.

européenne, qui constituent des résultats particulièrement novateurs pour la positivisation des droits fondamentaux au niveau de l'Union, malgré la présence de graves (et évidentes) lacunes dans la définition des limitations à leur exercice concret et à leur nature opposable; cela en raison d'une organisation du système judiciaire européen mal définie et des voies de recours reconnues aux personnes physiques et juridiques.

Si l'incorporation (même substantielle) de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. dans les nouveaux traités et donc leur 'rédaction' dans un vaste catalogue – qui résume, positivise et rend visible la jurisprudence des Juges de Luxembourg<sup>35</sup> et de Strasbourg, à laquelle ont contribué les 'traditions constitutionnelles communes aux Etats membres' selon la lecture du Juge de l'U.E. – ne permet pas d'être considérée comme l'expression d'une constitutionnalisation complète du système de l'Union, elle influence de façon significative son 'processus de constitutionnalisation' mais n'en constitue qu'une phase embryonnaire, *statu nascenti*<sup>36</sup>.

Avec la positivisation des droits fondamentaux de l'Union, il est possible d'affirmer que leur fonction de limite à l'adoption des actes communautaires en cas de violation est accompagnée aujourd'hui d'une fonction positive, celle de la constitution d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, en mesure de guider l'exercice, de la part des institutions de l'Union, des compétences qui leur sont reconnues. Ainsi, si ces droits ont eu jusqu'ici une fonction instrumentale, en raison des exigences liées aux progrès de la construction du marché commun européen, leur insertion formelle dans les traités (même sous forme de renvoi) révèle leur nouvelle vocation qui donne un élan important à des concepts centraux dans le processus de construction européenne, tels que la citoyenneté de l'Union ou le sens de la confiance réciproque entre les Etats *dans un espace commun de liberté, de sécurité et de justice*.

Dans ce nouveau contexte, les droits fondamentaux ne constituent plus une simple limite, imposée à l'action des institutions communautaires ou des Etat membres dans le domaine

---

<sup>35</sup> Entre autres, cf. E. PAGANO, « I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht », *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, n. 1, p. 164 sqq.; G. TESAURO, « Il ruolo della Corte di Giustizia » ... *cit.*, p. 305 sqq.; A. ADINOLFI, « I principi generali nella giurisprudenza comunitaria » ... *cit.*, p. 525 sqq.; P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison de droits des Etats membres », *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 337 sqq.; V. CAPELLI, « I principi generali come fonte di diritto », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1986, p. 541; G. GAJA, « Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario », *Rivista di diritto internaz.*, 1988, p. 574; P. MENGOZZI, « La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza italiana e tedesca », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1987; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milan, 1995; F. MANCINI, « La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee », *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, n. 1; F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Turin, 1994, p. 132.

<sup>36</sup> Cf. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali* ... *cit.*, p. 57; G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e Corti nazionali*, in [www.luiss.it](http://www.luiss.it) (2001).

d'application du droit de l'Union, tel qu'il est établi dans les 'nouveaux' traités. A l'obligation (de ne pas violer les droits fondamentaux) imposée aux institutions et aux organes de l'Union, comme aux États membres au moment de l'application du droit, fait suite maintenant une obligation de type promotionnel, selon laquelle les susdits sujets « *respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application conformément à leurs compétences respectives* » (article 51-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E.).

Un autre aspect qui mérite un approfondissement est celui posé par la clause (article 51-2 de la Charte), selon laquelle la Charte « ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ». Cette clause doit être interprétée d'après la disposition qui prévoit que « l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne » (article 2-2 des 'nouveaux' traités). La doctrine constitutionnelle européenne dominante semble en tirer la conviction que, étant donnée leur grande flexibilité, ces dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se prêtent inévitablement à influencer fortement la nature et les tâches de l'Union. Le domaine de ces compétences concurrentes est, en effet, assez vaste. Les compétences partagées entre les États membres et l'Union concernent principalement le marché intérieur, l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la politique sociale. L'Union dispose de nombreuses possibilités pour réaliser les valeurs énoncées dans la Charte ; l'insertion de cette dernière dans les 'nouveaux' traités en encouragera l'utilisation.

##### *5. Primauté communautaire, 'contre-limites' et identités constitutionnelles nationales*

De nouveaux arguments importants pour cet élargissement d'horizon étaient présents déjà dans les dispositions des articles I-5 et I-6 du (projet de) 'Traité établissant une Constitution pour l'Europe'. Dans le texte du Traité constitutionnel (non ratifié), ces deux dispositions résumaient et établissaient les rapports entre les deux systèmes qui permettaient d'assumer, dans la dynamique des rapports entre *primauté* et 'contre-limites'<sup>37</sup>, non plus une tension opposée mais

---

<sup>37</sup> Entre autres, cf. A. RUGGERI, « Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria della interpretazione », P. FALZEA - A. SPADARO - L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti*, Turin, 2003; A. RUGGERI, « Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e

plutôt une coexistence nécessaire, bienveillante, ‘mythique’, pouvons-nous dire, en renvoyant dans ce sens à la doctrine de Gustavo Zagrebelsky<sup>38</sup>. Dans la nouvelle formulation du Traité de Lisbonne (art. 4), on retrouve les dispositions sur l’égalité des États et sur le respect des identités nationales, aussi bien politiques que constitutionnelles.

Les ‘nouveaux’ traités, en outre, abrogent totalement la disposition de l’article I-6 du Traité constitutionnel (non ratifié) qui avait prévu que « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l’Union dans l’exercice de leurs compétences, prévalent sur le droit des États membres ». La Déclaration n. 17 au Traité de Lisbonne concernant la ‘primauté’<sup>39</sup>, souligne comment, dans la jurisprudence constante de la Cour de justice de l’Union européenne, les traités et le droit adopté par l’Union sur la base des traités prévalent sur le droit des États membres selon les conditions établies par la susdite jurisprudence.

Cette Déclaration et cet avis rappellent et confirment une orientation pacifique de la doctrine en ce qui concerne le droit dérivé de l’Union, en laissant ouvertes seulement les questions posées par la jurisprudence en matière de ‘contre-limites’ à propos de la primauté controversée du droit de l’Union sur les principes et les droits fondamentaux nationaux!<sup>40</sup>

Avec les ‘nouveaux traités’, le cadre normatif apparaît rénové, selon la technique de la modification plutôt que celle d’une nouvelle rédaction et de l’émulation de la terminologie constitutionnelle. Quant aux modifications les plus importantes apportées aux nouveaux traités, on a déjà remarqué que ceux-ci, sur la base d’un mandat précis du Conseil européen (Bruxelles,

---

diritto interno (profili problematici) », *Forum di Quaderni costituzionali*; A. CELOTTO - T. GROPPPI, « Diritto U.E. e diritto nazionale: *primauté vs controlimiti* », *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; A. CELOTTO - T. GROPPPI, « *Primauté e controlimiti nel Progetto di Trattato costituzionale* », *Quad. cost.*, 2004, n. 4; M. CARTABIA et A. CELOTTO, « La giustizia costituzionale dopo Nizza », *Giur. cost.*, 2002; M. CARTABIA, B. de WITTE, P. PEREZ TREMPS (dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005; F. SALMONI, « La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali », in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (dir.), *La Corte costituzionale e le Corti ... cit.*; G. AZZARITI, « La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel processo costituente europeo », *Rass. dir. pub. eur.*, 2002; V. ONIDA, « Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario », *Quad. cost.*, 2003.

<sup>38</sup> Cf. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turin, 1992; Id., *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l’interdipendenza e l’indivisibilità dei beni costituzionali* (Rome, 22 avril 2006).

<sup>39</sup> « Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l’époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l’affaire 6/64, *Costa contre ENEL* (- II [en] résulte (...)) qu’issu d’une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu’il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même -), la primauté n’était pas mentionnée dans le traité. Tel est encore le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le traité ne modifiera en rien l’existence de ce principe ni la jurisprudence de la Cour de justice en vigueur » (Document 11197/07 (JUR 260): Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007).

<sup>40</sup> Cf. A. ADINOLFI, « I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri », *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 525 sqq.

21/22 juin 2007)<sup>41</sup>, tendent à abandonner tout symbolisme et toute terminologie constitutionnelle. Bien que la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. ne soit pas (encore) formellement incorporée dans les traités, comme le prévoyait le Traité constitutionnel (non ratifié), on lui reconnaît aujourd'hui la même valeur juridique des traités. A ces innovations, on peut ajouter celles qui assument une signification plus importante: tout d'abord la liste des valeurs est aujourd'hui citée dans les préambules et les premiers articles; ensuite, les dispositions sur les hymnes et les drapeaux ont été supprimées.

En établissant le respect de la part de l'Union de l'égalité des Etats membres devant les traités et de leur identité nationale (« inhérente à leur structure fondamentale, politique et constitutionnelle, y compris le système des autonomies locales et régionales »), deux dispositions fondamentales du 'nouveau' Traité (articles 4 et 5) réglementent les rapports entre les souverainetés nationales et l'Union: le principe d'attribution (article 5-2), le principe de subsidiarité (article 5-3), le principe de proportionnalité (article 5-4). Dans ce sens, la suppression de l'article I-6 du Traité constitutionnel (non ratifié) devient centrale, car cet article était destiné expressément à faire valoir le principe de la primauté communautaire sur le droit des Etats membres.

Le système constitutionnel européen qui résulte de l'attribution à la Charte des droits fondamentaux de l'U.E. de la même valeur juridique que celle des traités ne peut pas attribuer à la Charte la même valeur (du moins symbolique) qu'un *Bill of Rights*, mais fait évoluer le système par rapport à sa mission d'origine, car ses tâches comprennent désormais celle de garantir les droits fondamentaux, *in unum* avec les garanties à donner au marché intérieur européen<sup>42</sup>. La souveraineté nationale et les garanties de protection des droits fondamentaux ne doivent plus donner lieu à des évaluations inquiètes du processus d'intégration, du moment que l'individu est protégé selon une logique de garantie *multilevel*, qui confère aux institutions européennes mais surtout au Juge de Luxembourg la tâche d'assurer la garantie la plus haute de ces droits, *in unum* avec la contrainte de l'interprétation dans le sens le plus favorable aux droits

---

<sup>41</sup> Dans ce but, le Conseil européen (21 et 22 juin 2007) attribue un mandat clair et bien délimité à la CIG: «Le T.U.E. et le traité sur le fonctionnement de l'Union n'auront pas un caractère constitutionnel. La terminologie utilisée dans le texte des traités reflètera ce changement: le terme «Constitution» ne sera pas employé, le «ministre des Affaires étrangères de l'Union» sera appelé Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, et les termes «loi» et «loi cadre» seront abandonnés, alors que les termes actuels «règlements», «directives» et «décisions» seront conservés. De la même façon, les traités modifiés ne comprendront aucun article qui se réfère aux symboles de l'UE comme le drapeau, l'hymne ou la devise. En ce qui concerne la primauté du droit de l'UE, la CIG adoptera une déclaration contenant un rappel à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE» (Mandat de la CIG – Document I – I.3).

<sup>42</sup> Cf. M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologne, 2007; U. De SIERVO, «I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali nazionali», G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Rome-Bari, 2003.

de l'homme et aux libertés fondamentales (selon l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux).

Les juges nationaux eux-mêmes, ordinaires et constitutionnels, auront à disposition un nouveau paramètre pour procéder à l'inapplication de la norme de l'Union en faveur de la norme constitutionnelle nationale estimée plus favorable, « en une application *pro individuo* du *standard* de protection communautaire ou nationale »<sup>43</sup>. Au lieu d'assumer une nature 'velléitaire' des 'contre-limites', comme certains avaient prévu, avec les 'nouveaux' traités (traité de Lisbonne), les 'contre-limites' opposées par la Cour constitutionnelle à la primauté généralisée de l'Union retrouvent un nouvel horizon plus large. Un horizon dynamisé par la nouvelle optique de l'intégration, enrichie aujourd'hui d'une Charte des droits fondamentaux plus appropriée que la première jurisprudence de la Cour de justice, qui garantit les droits à un niveau ultérieur, *in unum* avec les *standards* les plus élevés (article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E.) reconnus par les Constitutions nationales, par les Chartes internationales et surtout par la CEDH.

Dans ce sens, le droit de l'Union rénové (bien que sous des formes moins explicites que celles prévues dans les articles I-5, I-6, II-111 e II-113 du Traité constitutionnel non ratifié) permettrait d'esquisser quelques conclusions. En premier lieu, à propos du critère qui devra guider l'interprète de l'enquête sur les rapports entre les 'nouveaux' traités et les Constitutions nationales, c'est-à-dire celui de la « subdivision des contextes respectifs d'opérativité sur la base d'un principe de compétence, chaque système restant fondé et orienté sur sa propre Charte constitutionnelle »<sup>44</sup>. Dans une hypothèse de superposition des domaines des différents systèmes, les traités jouissent sans aucun doute de la suprématie et de la primauté sur les Constitutions nationales. Cette suprématie, toutefois, bien que touchant le cadre des principes et des droits fondamentaux tels qu'ils sont inscrits et réglementés dans chaque système constitutionnel national, laisse le dernier mot aux Constitutions nationales et, à travers elles, aux juges constitutionnels, dans une sorte de « primauté invertie »<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cf. A. CELOTTO, « Una nuova ottica dei controlimiti ... », *cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> Cf. M. CARTABIA, « Unità nella diversità: il rapporto fra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali » (*Rapport pour la Journée d'étude en mémoire de Alberto Predieri*, Florence, 18 février 2005).

<sup>45</sup> En développant cette lecture, M. CARTABIA, dans son étude récente (*I diritti in azione*, *cit.*, p. 57 sqq.), met en évidence une forte préoccupation en ce qui concerne la créativité juridictionnelle que la Cour communautaire pourra développer à partir de la nouvelle disposition accordée à la Charte de Nice dans le traité de Lisbonne. « Il est vrai que la protection des droits fondamentaux est une tâche principalement juridictionnelle, mais il est vrai aussi que, quelquefois, à propos des droits fondamentaux, il se pose une question de décision qui précède même celle de la tutèle », est la conclusion de l'essai d'introduction au volume cité qui renvoie aux « belles pages » de A. BARBERA, *Nuovi diritti: attenzione ai confini*, L. CALIFANO (dir.), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Turin, 2004, p. 19 sqq.

Ainsi, se confirme la lecture selon laquelle les ‘contre-limites’ ne constituent plus un mur de frontière rigide entre les systèmes, mais, au contraire, la « charnière des rapports entre l’UE et les États membres » (A. CELOTTO – T. GROPPPI), un élément positif et dynamique d’intégration entre les systèmes par rapport auquel les juges des deux systèmes pourront reconstruire plus efficacement le dialogue nécessaire entre les Cours et la *circulation* de jurisprudence qui s’appliquera tour à tour au cas concret, selon le niveau de protection le plus élevé<sup>46</sup>.

#### 6. Vers un contrôle diffus de la constitutionnalité de l’Union? Réflexions conclusives

Pour reprendre les thèmes de la juridiction et de l’effectivité de la protection judiciaire des attentes juridiques des sujets dans l’optique du constitutionnalisme *multilevel* promu par les processus européens d’intégration actuels<sup>47</sup>, on peut observer que les évolutions récentes du processus d’intégration européenne (et le futur même du droit européen) apparaissent destinées à être ultérieurement valorisées par le système juridictionnel, au sein duquel on pourra assister (presque inévitablement) à un nouveau protagonisme à la fois du Juge communautaire et des juges nationaux. Ce protagonisme pourra s’exprimer aussi bien dans la phase ascendante, de recours au Juge U.E. par le juge national (et des juges constitutionnels nationaux) au moyen du ‘renvoi préjudiciel’, qui aura de nouvelles dispositions plus complexes sur lesquelles s’exercer, que dans la phase descendante, pour l’inapplication du droit interne en violation avec le droit de l’Union, composée maintenant de dispositions de garantie des droits et de dispositions qui établissent les ‘principes’<sup>48</sup>. Quant aux rapports entre le droit de l’Union et le droit interne – et dans ce cadre, à l’inapplication du droit interne en violation avec le droit de l’Union en matière de droits – en réalité, aucun doute ne semble subsister; nous disposons, en effet, d’une jurisprudence très consolidée. A partir des sentences *Van Gend en Loos*<sup>49</sup> et *Costa/Enel*<sup>50</sup>, la primauté et l’applicabilité directe du droit communautaire dans le cadre du droit interne

---

<sup>46</sup> Cf. A. CELOTTO, « Una nuova ottica dei ‘controlimiti’ ... », cit., p. 3.

<sup>47</sup> Entre autres, cf. S. GAMBINO, « Giurisdizione e ‘Giustizia fra Trattato di Lisbona, CEDU e ordinamenti nazionali », *La cittadinanza europea*, 2010, nn. 1-2.

<sup>48</sup> Entre autres, cf. R. ALONSO GARCIA, « Il giudice nazionale come giudice europeo », *Quad. cost.*, 2005; Id., « Un nuovo modello di giustizia costituzionale per il nuovo Trattato costituzionale europeo », *Quad. cost.*, 2005, n. 1.

<sup>49</sup> Aff. 5 février 1963, aff. 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3.

<sup>50</sup> Aff. 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1160 («[...] En raison de sa nature spécifique, le droit issu du Traité ne pourrait pas trouver une limite dans une quelconque mesure intérieure sans perdre son caractère communautaire et sans bouleverser le fondement juridique de la Communauté même»).

constituent des principes pleinement affirmés et reconnaissables comme un *acquis communautaire*. Pour ce qui concerne la question de l'opposabilité des règlements communautaires par rapport aux lois de réception (non prévues par les traités) en violation avec ceux-ci, la Cour constitutionnelle italienne, par exemple, assume expressément que le juge ordinaire n'a pas le pouvoir d'inappliquer les lois contraires, mais uniquement celui de soulever la question de leur légitimité constitutionnelle pour la violation de l'article 11 de la Constitution.

Cette *primauté* sera confirmée par la jurisprudence de la Cour de Justice, inspirée à un *self restraint* prudent en matière de principes et droits fondamentaux nationaux. On rappelle le 'considérant' important de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>51</sup> et l'arrêt *Tanja Kreil*<sup>52</sup>; on rappelle, parmi les plus récents et les plus connus, les arrêts *Omega* et *Schmidberger*<sup>53</sup>, dans lesquels la protection de la dignité humaine et la liberté d'expression et de réunion, en tant que valeurs et biens juridiques fondamentaux, constituent un paramètre pour motiver la restriction d'une des libertés fondamentales établies par les traités (respectivement, l'interdiction d'exercer une activité économique et la liberté de circulation des marchandises). A la question qui lui avait été soumise (dans le cas *Omega*), à savoir si l'interdiction d'une activité économique pour des motifs fondés sur la protection de valeurs fondamentales consacrées par la Constitution nationale, comme dans ce cas la dignité humaine, était compatible avec le droit de l'Union, la Cour communautaire<sup>54</sup> n'a pas hésité à décider que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome », ainsi « d'une part, que, [...], l'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne. D'autre part, il convient de constater que, en interdisant uniquement la variante du jeu laser qui a pour objet de tirer sur des cibles humaines et donc de 'jouer à tuer' des personnes, l'arrêté litigieux n'est pas allé au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre

---

<sup>51</sup> CJCE, 17 décembre 1970, aff. C-11/70, § 3.

<sup>52</sup> CJCE, 11 janvier 2000, aff. C-285/98.

<sup>53</sup> CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02 (*Omega Spielhallen*); CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/2000 (*Schmidberger*). M. CARTABIA interprète justement ces jurisprudences comme une véritable dynamique qui dérive des droits fondamentaux "versus" les libertés fondamentales ("L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea", M. CARTABIA, *I diritti in azione ... op. cit.*, p. 42).

<sup>54</sup> Aff. C-36/02, 14 octobre 2004 (*Omega Spielhallen*)

l'objectif poursuivi par les autorités nationales compétentes ». Dans le même sens on peut rappeler l'arrêt *Kobler*<sup>55</sup>, qui établit le principe « selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables même lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort ». Ces principes se fondent aujourd'hui sur de nouveaux paramètres plus denses de primauté de l'Union – ceux des droits (à respecter) et des principes (à observer et promouvoir) – ; par conséquent, le rôle du juge national peut devenir bien plus important, aussi bien dans la phase ascendante que dans la phase descendante.

A cette jurisprudence, il est nécessaire d'en ajouter une plus récente, discutable, c'est-à-dire l'orientation du Juge de Luxembourg (dans les sentences *Viking*<sup>56</sup>, *Laval*<sup>57</sup>, *Rüffert*<sup>58</sup> et *Commission contre République fédérale d'Allemagne*<sup>59</sup>), dans laquelle on peut relever une nette assymétrie entre les libertés économiques et les droits sociaux qui renvoie aux questions problématiques sur la jurisprudencialisaiton du droit constitutionnel que l'on a relevée précédemment<sup>60</sup>. Cette assymétrie dans la protection des droits par rapport aux paramètres constitutionnel national et communautaire rappelle inévitablement l'attention de la doctrine constitutionnelle sur les limites nécessaires à opposer à cette prétention de primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel des libertés et des droits établis par les constitutions nationales.

Avec l'indication au juge du renvoi préjudiciel pour certifier la proportionnalité de la grève en rapport à son adéquation/capacité à assurer l'exercice d'une liberté communautaire fondamentale, comme le droit d'établissement garanti par les traités, la Cour de Justice de

---

<sup>55</sup> CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01.

<sup>56</sup> CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking Line Abp*, Rec. 2007, I, p. 10779.

<sup>57</sup> CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, Rec., 2007, I, p. 11767.

<sup>58</sup> CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, *Rüffert*, Rec. 2008, I, p. 1989.

<sup>59</sup> CJUE, 15 juillet 2010, aff. C-271/08, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*.

<sup>60</sup> La doctrine constitutionnelle italienne a justement souligné toutes les limites implicites dans la lecture de « la classification innovante des droits en catégories de valeurs » selon les dispositions de la Charte de Nice, appelée aujourd'hui à opérer avec la même force juridique des traités. Selon cette approche, l'objectif poursuivi par la 'Convention', qui consiste à placer au même niveau tous les droits fondamentaux, représente un progrès seulement apparent, car « il ne sera plus possible d'extraire du 'texte constitutionnel', 'avec une valeur constitutionnelle' (comme veut avoir la Charte), une gradation entre les droits, comme il ne sera plus possible d'identifier des principes prédominants qui caractérisent le système constitutionnel ... Tous les droits mis au même niveau, tous 'fondamentaux' sans distinction, *il n'est plus possible d'équilibrer les droits* [c'est nous qui soulignons] ... Une fois perdus ses bases textuelles et son tissu argumentatif, l'"équilibre" se justifiera seulement par les différentes *énonciations* des droits alignés les uns à la suite des autres, tous également fondamentaux. Ainsi, résultera un équilibre 'libre', où les termes seront définis – jusqu'à être en grande partie forgés – par le juge lui-même. Les modalités 'établies par le droit communautaire, les législations et les pratiques nationales' (comme établit expressément la Charte des droits) seront alors déterminantes pour imposer un dialogue entre les Cours et les législations ordinaires, mais qui perdra l'intermédiation constitutionnelle décisive. Un dialogue conditionné seulement par le principe omnicompréhensif de la 'proportionnalité' qui s'affirme de plus en plus comme le dernier paramètre prédictif du juge européen. Une '*proportionnalité*' *invertébrée*, cependant, car utilisée librement en absence de prescriptions du système en mesure d'orienter le juge » (selon la lecture critique proposée par G. Azzariti, "Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea", (collectif), *Scritti in onore di Alessandro Pace* (en cours de publication).

l'Union européenne, en recourant au critère de proportionnalité, dans la sentence *Viking* en particulier, finit par entrer directement dans le sujet du conflit objet du procès, au lieu de chercher un équilibre entre les dispositions constitutionnelles nationale et communautaire ; elle s'ouvre ainsi « à un contrôle pénétrant et inédit du juge naturel sur les stratégies de lutte syndicale »<sup>61</sup>. Le risque évident d'une telle jurisprudence est que « s'impose, par l'intermédiaire du principe de proportionnalité, une reformulation du droit de grève dans les termes d'une *extrema ratio* de solution des controverses collectives même dans les systèmes, comme le système italien, où ce principe n'existe pas (du moins dans le secteur privé) »<sup>62</sup>. Cette évaluation amène une grande partie de la doctrine italienne sur le droit du travail à parler d'une véritable dégradation du droit constitutionnel de grève (article 40 de la Constitution) au niveau de pur « intérêt », qui toutefois mériterait une protection « s'il n'excède pas les limites étroites imposées à son exercice par les critères d'adéquation et de proportionnalité »<sup>63</sup>.

Sur ce point, il serait nécessaire de se poser une question. *Quid iuris* à l'égard de l'exercice des fonctions juridictionnelles du juge national en présence de principes fondamentaux de l'Union? La réponse la plus plausible par rapport au droit en vigueur (articles 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'U.E.) conduit à penser qu'ils peuvent aussi bien constituer une matière opportune de 'renvoi préjudiciel', qu'un paramètre pour l'interprétation des actes soumis à sa connaissance ('interprétation conforme au droit communautaire'). C'est justement dans ce contexte que s'ouvrent les questions posées par le croisement entre le droit de l'Union européenne dans le domaine des droits et principes fondamentaux communautaires (entre autres, la matière du bio-droit ou celle de la famille) et le droit constitutionnel de chaque Pays membre de l'U.E., garanti par le principe de la rigidité constitutionnelle et par le principe de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. D'une part, nous retrouvons ainsi la Cour de Justice qui se constitue comme la garante du respect du droit U.E. dans l'interprétation et

---

<sup>61</sup> Cfr. S. Giubboni, "Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato", A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, p. 123.

<sup>62</sup> Cfr. G. Orlandini, "Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, selon lequel dans les deux sentences (*Viking* et *Laval*) "la reconnaissance du droit de grève dans l'UE assume un caractère comique, s'il est vrai que celle-ci est utilisée pour nier la possibilité de l'exercer" (p. 281).

<sup>63</sup> Cfr. S. Giubboni, "Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato", A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali ... cit.*, p. 124. En évaluant de façon critique la jurisprudence du Juge communautaire en ce qui concerne l'équilibre entre libertés économiques et droits sociaux, dans l'optique de l'art. 6.1 du Traité de Lisbonne et de l'art. 28 de la Charte de Nice/Strasbourg, une argumentation convaincante souligne que cette jurisprudence constitue une véritable erreur de logique car elle ne considère pas les droits sociaux à l'instar des droits de l'homme, comme nous l'avons rappelé à propos des sentences *Omega* et *Schmidberger* (B. Caruso, "Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?", A. Andreoni, B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali... cit.*, p. 111). Outre cette limite, il faut observer que ce qui est à relever dans les sentences *Viking*, *Laval* n'est pas tant la non reconnaissance du droit constitutionnel de grève mais plutôt le genre d'équilibre établi entre le droit lui-même et le droit d'établissement de la normative communautaire, qui finit par dégrader l'effectivité de la garantie constitutionnelle reconnue au "droit de négociation et d'actions collectives" garanti par l'art. 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

l'application des traités, de l'autre, les États membres qui sont appelés à trouver les solutions pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les secteurs réglementés par le droit de l'Union européenne. Toujours dans le cadre des 'clauses horizontales' (article 52-6 de la Charte des droits fondamentaux), il est établi que l'on tient entièrement compte des législations et des pratiques nationales. La solution à la question semble être, enfin, la disposition de la Charte des droits fondamentaux relative au « niveau de protection » des droits (article 53), selon lequel aucune disposition de la Charte ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres. *Nulla quaestio*, donc, sur l'identification de la portée et du niveau de protection des droits fondamentaux de l'U.E. Ces droits doivent être identifiés et protégés selon le *standard* le plus élevé et en préférant les garanties constitutionnelles assurées par chaque Pays membre de l'Union européenne et, naturellement, en préférant le paramètre communautaire en présence de nouveaux droits. L'expansion du rôle du juge ordinaire, donc, semble trouver une place particulière dans les interstices de ces deux systèmes juridiques. Chaque fois que la norme à utiliser pour la résolution d'une controverse est en rapport avec un soupçon d'inconstitutionnalité, la procédure est celle du recours à la Cour constitutionnelle, qui – en espérant qu'elle change d'orientation jurisprudentielle pour les cas de "double préjudiciabilité communautaire et constitutionnelle"<sup>64</sup> – devrait entrer dans le fond de la question soumise, que la norme de l'Union ait ou n'ait pas d'effets directs. Toutefois, si la norme à utiliser comme paramètre de référence ne rentre pas expressément dans les paramètres constitutionnels et dans la jurisprudence constitutionnelle existante – ainsi que dans l'interprétation conforme à la Constitution – le juge a plus d'une possibilité de recourir à la CJUE, ou au renvoi préjudiciel ou à la résolution de la controverse au moyen d'une interprétation conforme aux dispositions des traités. L'horizon qui s'ouvre apparaît nouveau ; c'est l'horizon d'un contrôle diffus de la constitutionnalité de l'Union. Étant donné la place reconnue au juge ordinaire, le risque d'escamotage du contrôle de constitutionnalité n'apparaît pas tout à fait abstrait<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Cf. M. CARTABIA, « Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale », *Foro it.*, 1997, p. 222 sqq.; A. BARBERA, « Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari': una ridefinizione dei confini? », *Quaderni costituzionali*, 2007, n. 2.

<sup>65</sup> Entre autres, cf. A. BARBERA, « Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti », P. BILANCIA et E. De MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milan, 2005, p. 95 sqq.; auquel *adde* les contributions de B. RANDAZZO et A. GUAZZAROTTI dans la *Riv. di dir. pub. comunitario*, 2002, p. 6.

Nous pouvons, maintenant, proposer quelques considérations conclusives, en rappelant la doctrine qui s'est exprimée sur le sujet. La question centrale – celle de la force juridique accordée aux dispositions générales de la Charte – reste celle du rapport existant, au niveau de l'Union, entre la protection des droits fondamentaux, les autres dispositions constitutionnelles européennes et les 'traditions constitutionnelles communes' aux États membres, ainsi que celle de la prévision d'un contrôle de constitutionnalité communautaire sur les actes normatifs 'ordinaires'. On peut en tirer la conclusion que ce contrôle constitue le symptôme et la mise en évidence d'un processus de constitutionnalisation européen encore incomplet, mais qui se dilate jusqu'aux 'contre-limites' opposables par les niveaux constitutionnels de protection nationale des droits et des principes fondamentaux. Comme l'a observé Valerio ONIDA, en effet, « ce moment apparaît être le moment essentiel de la naissance d'une vraie Constitution : tant qu'aucun juge ne peut utiliser la Constitution pour contester la légalité d'un autre acte, même législatif, ce document reste une simple énonciation politique ; il se transforme en un document juridique quand ce contrôle devient possible »<sup>66</sup>.

Ainsi, le problème incontournable est d'attribuer une compétence (de juridiction constitutionnelle européenne) à la Cour de Justice. Et cette compétence doit réunifier et confondre en une seule juridiction les compétences de fond et celles de légitimité (des actes de l'Union par rapport au droit de l'Union). Ce qui représente actuellement un problème ouvert (qui pourra engendrer des solutions divergentes entre les différentes juridictions au moment de l'application du droit de l'Union et du droit conventionnel-C.E.D.H.), plus que l'identification incertaine du contenu de chaque droit, est la question posée, et encore sans solution, par le « rapport entre les différentes consécutions des droits et les différentes juridictions sur les droits »<sup>67</sup>. En particulier, le rapport entre le Juge U.E., les Cours constitutionnelles nationales et la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ces questions, L. FAVOREU a mis en évidence la forte problématique des solutions de réforme proposées par la Convention pour garantir la protection effective des droits inscrits dans la Charte dans l'espace juridique européen<sup>68</sup>. La Cour de Luxembourg serait inévitablement appelée à exercer le rôle de garante des contenus normatifs de la Charte des droits; l'attribution de cette tâche à la Cour de Strasbourg, ou à une Cour créée dans ce but, une sorte de 'Cour européenne *bis*' n'apparaît ni proposable ni souhaitable<sup>69</sup>. De

---

<sup>66</sup> Cf. V. ONIDA, « Il problema della giurisdizione », E. PACIOTTI (dir.), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Rome, 2003.

<sup>67</sup> Sur la nature « pratiquement velléitaire » de la tentative de parvenir par voie herméneutique à une rationalisation des rapports existants entre les différentes Cours européennes cf., A. SPADARO, « Una (sola) Corte per l'Europa », P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (dir.), *La Corte costituzionale ... cit.*

<sup>68</sup> Cf. L. FAVOREU, « I garanti dei diritti fondamentali europei », in G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione ... cit.*

<sup>69</sup> Cf. L. FAVOREU, « Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo », *Riv. dir. cost.*, 2004.

nombreux éléments feraient obstacle au déroulement efficace de cette tâche que les nouveaux articles du Traité n'amélioreraient pas.

D'autre part, les juges nationaux, appelés à se référer aux dispositions des 'nouveaux' traités en thème de droits fondamentaux de l'Union pour appliquer ce droit, n'auraient pas la compétence pour soumettre les actes de l'Union au contrôle de la protection des droits comme nous l'avons observé précédemment; les Cours nationales ne pourraient que se limiter au contrôle de l'activité des organes/institutions des États membres, *in unum* avec les fonctions classiques de contrôle de la légitimité constitutionnelle des lois et des actes ayant force de loi. Une partie de la doctrine s'est déjà demandé si le nouveau système des droits fondamentaux de l'Union ne permet pas aux juges nationaux, à travers un contrôle qui deviendrait de constitutionnalité diffus, de ne pas appliquer le droit national en violation avec celui de l'Union en matière de droits fondamentaux<sup>70</sup>.

S'ouvre ainsi, dans les systèmes européens, une voie inédite vers des formes de contrôle diffus de la constitutionnalité communautaire des lois, « qui se développera sûrement, au fur et à mesure que les magistrats et les avocats des différents Pays atteindront une maturité culturelle qui les conduira à mieux utiliser ces techniques peu connues jusqu'ici »<sup>71</sup>. En Italie, cette perspective a déjà été renforcée dernièrement par la modification de l'article 117 de la Constitution « qui a introduit un premier alinéa qui semble permettre des développements de ce genre, bien que la jurisprudence ne se soit pas encore prononcée dans ce sens. Quand les dispositions du Traité ... entreront en vigueur, y compris la Charte des droits, ces possibilités augmenteront sûrement et la perspective de développement de la juridiction constitutionnelle diffuse pourra probablement avoir raison de la modification apportée à l'art. 52 de la 'Charte', dont on a parlé *supra*. Pour ne pas dire que, si par mésaventure cette disposition fonctionnait pour exclure la possibilité d'utiliser les normes de la 'Charte', de nombreuses autres normes en vigueur dans les systèmes des états, à caractère international et de même contenu, pourraient être utilisées à leur place. Il existe désormais des dizaines de textes internationaux qui, d'une façon ou d'une autre, ont été accueillis dans le droit interne de nombreux États ; ce qui fait que le monde du droit est devenu perméable à ce genre d'exigences et les idées qui se sont concrétisées dans ces textes ont de grandes chances d'être appliquées, surtout en face d'une maturité

---

<sup>70</sup> Cf. A. PIZZORUSSO, « Una Costituzione 'ottriata' », E. PACIOTTI (dir.), *La Costituzione europea ... cit.*; V. ONIDA, « Il problema della giurisdizione », E. PACIOTTI (dir.), *La Costituzione europea ... cit.*

<sup>71</sup> Cf. A. PIZZORUSSO, « Una Costituzione 'ottriata' ... », *cit.*

culturelle des opérateurs qui rend cela possible (ainsi que toutes les circonstances qui peuvent se présenter dans le cours de l’histoire de chaque Pays) »<sup>72</sup>.

Ces orientations influentes de la doctrine vers une ouverture sur un nouveau cadre normatif européen – qui continue à être, sous de nombreux aspects, incertains et ambigu sur le thème de l’effectivité de la protection juridictionnelle des droits et de la définition précaire du système des rapports juridictionnels (national/U.E./conventionnel) – ne font que souligner, implicitement peut-être, le *déficit* régulateur persistant sur le contrôle des actes de l’Union et l’insuffisance des voies de recours disponibles pour faire valoir les droits fondamentaux<sup>73</sup>. Après les incertitudes de la part du T.U.E., les ‘nouveaux’ traités ne semblent pas avoir fait de grands progrès sous cet aspect.

Ces considérations nous ramènent encore une fois à la nécessité de reconnaître des protections juridictionnelles adéquates des droits fondamentaux de l’Union, dont la garantie ne peut que remettre en cause le niveau de la Constitution, et donc de formes adéquates de légitimation politique du droit des traités<sup>74</sup>. On veut rappeler, en conclusion, que parler de droits et de Constitution dans le contexte de l’Union européenne signifie s’interroger sur la nature même de l’intégration européenne, en dépassant l’approche fonctionnaliste qui l’a caractérisée à ses origines, pour redéfinir les sources de légitimation et en consolider les valeurs de base (en respectant et exprimant réellement les traditions constitutionnelles communes aux États).

---

<sup>72</sup> *Ult. op. cit.*

<sup>73</sup> Cf. U. VILLANI, « Principi democratici e diritti fondamentali nella Costituzione europea », *La Comunità internazionale*, 2005, n. 4; A. TIZZANO, « I diritti fondamentali e le Corti in Europa », *Il dir. dell’UE*, 2005, n. 4.

<sup>74</sup> Entre autres, cf. G. MORBIDELLI, « La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento europeo », in A.I.C., *Annuario 1999. La Costituzione europea*, Padoue, 2000; B. NASCIMBENE, « Tutela dei diritti fondamentali, sanzioni e controllo della Corte di Giustizia. Verso il Trattato di Amsterdam », *Dir. dell’U.E.*, 1997; P. CARETTI, « I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto », *Diritto pubblico*, 2001; R. BALDUZZI, « La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un esempio di constitutional drafting? », *Studi in onore di F. Cuocolo*, Milan, 2004.