

LA VOIE ITALIENNE POUR PRESERVER LA COLLABORATION DES JURIDICTIONS DANS L'UNION EUROPEENNE. ETUDE SUR L'AFFAIRE *TARICCO*.

Nicoletta PERLO
Maître de conférences en Droit public
Université Toulouse I Capitole

Au cours de l'année 2016, l'Union européenne a été confrontée à de nombreux défis. Aux attaques politiques, désormais récurrentes, provenant des mouvements nationalistes, s'est rajoutée la déstabilisation de l'une des plus grandes réussites européennes, son système juridictionnel à niveaux multiples. Depuis les années 1980, une paix – toute fragile soit-elle – avait été conclue entre les cours suprêmes nationales et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹. Une certaine confiance s'était ainsi installée à l'égard du système européen de garantie des droits. À partir des années 2000, le recours à la question préjudicielle par les juges de la loi de plusieurs États membres² avait permis d'établir un dialogue direct et profitable, allant dans le sens de la construction d'un système intégré et renforcé de protection des droits. Or, depuis 2016, les cas de rébellion judiciaire de quelques cours suprêmes nationales remettent brusquement en cause cette dynamique.

Le 21 juin 2016, le Tribunal constitutionnel allemand a rendu une décision très attendue³. Faisant suite à un renvoi préjudiciel de 2014⁴, il a tiré les conséquences de la validité du programme OMT de la Banque centrale européenne et considéré que ce programme est compatible avec l'identité constitutionnelle allemande⁵. Si le dénouement de l'affaire est positif pour l'Union économique et monétaire, la motivation de l'arrêt, en revanche, rappelle le mécontentement persistant du *Bundesverfassungsgericht* vis-à-vis de l'Europe protectrice des droits⁶. Il ne s'agit alors que d'une « trêve armée ». En décembre 2015, la Cour allemande avait du reste déjà entrepris un bras de fer avec le juge européen,

¹ V. BVerfG, déc. *Solange II* du 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339 ; Cour const. it., arrêt *Granital*, n°170/1984.

² Allemagne : BVerfG, ordonnances 17 déc. 2013 et 14 jan. 2014, 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvR 1824/12; 2 BvE 6/12 ; Belgique : v. Cour d'Arbitrage, 19 fév. 1997, n°6/97, www.arbitrage.be/fr/common/home.html; Autriche : VfGH, 10 mars 1999, B 2251/97, B 2594/97, www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site; Danemark : déc. 22 septembre 2014, *Dansk Industri*, <http://www.supremecourt.dk/>; Lituanie : Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas, déc. 8 mai 2007, www.lrkt.lt; Espagne : Tribunal Constitucional, auto 86/2011, <http://www.tribunalconstitucional.es/>; France : Conseil Constitutionnel, déc. n° 2013-314P QPC 4 avril 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-314p-qpc/decision-n-2013-314p-qpc-du-04-avril-2013.136588.html>; Italie: Corte Costituzionale, arrêt n°102/2008 et ordonnance n° 103/2008 ; ord. n°207/2013, www.cortecostituzionale.it ; Sloénie: Ustavno sodišče, Order U-I-295/13), <http://www.us-rs.si/aktualno/novice/sklep-ustavnega-sodisca-st-u-i-29513-z-dne-6-11-2014/>; Pologne : Trybunał Konstytucyjny, déc. K 61/13, http://otk.trybunal.gov.pl/OTK/otk_odp.asp?droga=%28otk_odp%29&sygnatura=K%2061/13.

³ 2 BvR 2728/13, 21 juin 2016, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html

⁴ BVerfG, décision de renvoi *OMT* du 14 janvier 2014 (134, 366). V. : H. Gaudin, « L'affaire OMT devant son (ses ?) juge(s) », *AJDA*, 2016, p. 1050.

⁵ Il s'agit du programme d'opérations monétaires sur titres (*Outright Monetary Transactions*).

⁶ A. Fourmont, « L'identité constitutionnelle allemande à l'aune de la décision du 21 juin 2016 », *Constitutions*, 2016, p. 414 ; G. Bouvaist, « Allemagne : un accord de paix entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la CJUE ? », *Dalloz actualité*, 27 juin 2016.

dans le cadre d'une décision parfois qualifiée de « *Solange III* »⁷. Il y avait fait primer l'identité constitutionnelle allemande sur les normes du mandat d'arrêt européen et sur l'interprétation qui en avait été donnée par la CJUE dans l'arrêt *Melloni*⁸.

Un autre acte d'insoumission a pu être décelé dans l'arrêt de la Cour suprême danoise du 6 décembre 2016. La Cour estime, en effet, que les principes généraux du droit de l'Union européenne n'ont pas de force contraignante dans l'ordre juridique interne s'ils ne sont pas fondés sur une disposition spécifique du Traité. De plus, elle considère qu'elle sortirait de son rôle constitutionnel si elle écartait une disposition nationale au profit du droit européen, ou bien si elle se pliait à une interprétation conforme du droit interne, comme demandé en l'espèce par la CJUE. Par conséquent, la Cour suprême applique une disposition nationale que le juge de Luxembourg a considéré contraire à un principe général du droit de l'Union⁹. L'autorité de l'effet direct, ainsi que des jurisprudences de la Cour *Mangold* et *Kükükdeveci*¹⁰, est alors sérieusement contestée.

Au cours de la même période, la Cour constitutionnelle italienne est saisie d'une redoutable affaire *Taricco*. Celle-ci est issue d'un arrêt européen de 2015¹¹, faisant suite à une question préjudicielle de 2014¹². Est ici en cause la réglementation italienne sur l'interruption de la prescription de l'action publique dans le domaine des délits de fraude fiscale. L'arrêt *Taricco* établit que lorsqu'ils considèrent, en raison de la « gravité » et du « nombre considérable des cas de fraude », que la réglementation italienne n'est ni efficace ni dissuasive, les juges italiens doivent écarter les dispositions du Code pénal, en étendant par conséquent le délai de prescription et les possibilités de poursuite des accusés. L'intérêt financier de l'Union, protégé par l'art. 325 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), serait en effet affecté par une réglementation incapable de poursuivre et de punir efficacement les fraudeurs. L'inapplication des normes en matière de prescription n'affecterait pas, pour la Cour de Luxembourg, le principe de légalité (art. 49 de la Charte des droits fondamentaux) dans sa dimension de la non rétroactivité de la loi pénale *in peius*. Selon son interprétation, il s'agit, en effet, d'une norme de droit processuel et non pas substantiel.

Cette jurisprudence a étonnamment été peu commentée en France¹³. La raison réside peut être dans le fait que la conception européenne de la prescription – exprimée ici pour la première fois –, est très proche de la conception française. En droit pénal français, la prescription de l'action publique a également une nature processuelle et est soumise au principe de l'immédiateté. Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale *in peius*, par conséquent, ne garantit pas les accusés lors de réformes législatives en la matière¹⁴.

À l'inverse, en Italie, l'arrêt *Taricco* a eu, dès la date de sa publication, un très fort retentissement auprès de la doctrine et des juridictions pénales. Les divisions ont été

⁷ BVerfG, déc. 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14. V. : A. Gaillet, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen », *AJDA*, n°20/2016, 6 juin 2016, n°1112.

⁸ CJUE, GC, 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministero Fiscal*, C-399/11.

⁹ L'affaire concernait une affaire de non-discrimination en fonction de l'âge dans un litige entre particuliers. La décision a fait suite à l'arrêt de la CJUE du 16 avril 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, qui, à son tour, répondait à une question préjudicielle posée par la Cour suprême danoise. V. : M. Rask Madsen, H. Palmer Olsen, U. Šadl, « Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in *AJOS* », *VerfBlog*, 2017/1/30, <http://verfassungsblog.de/legal-disintegration-the-ruling-of-the-danish-supreme-court-in-ajos/>.

¹⁰ CJUE, 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04 ; *Kükükdeveci*, 19 janvier 2010, C-555/07.

¹¹ CJUE, 8 sept. 2015, *Taricco* C-105/14.

¹² Trib. Cuneo, *ordinanza* du 17 janvier 2014, GUP Boetti, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf

¹³ E. Autier, « CJUE : la lutte contre la fraude à la TVA garantit les intérêts financiers de l'Union », *Dalloz actualité*, 29 septembre 2015 ; L. D'Ambrosio et D. Vozza, « Règles de prescription en matière pénale et protection des intérêts financiers de l'Union : le chemin étroit du juge italien suite à l'arrêt *Taricco* de la CJUE », *RTD Eur.* 2016 p.162

¹⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 2^e éd, 2014, pp. 1081-1089.

immédiates et les débats se sont enchaînés sans trêve. Les raisons d'un tel émoi sont multiples et concernent tant des questions juridico-politiques internes que la conception même des rapports juridictionnels multi-niveaux.

Il faut tout d'abord rappeler que la réglementation sur l'interruption de la prescription de l'action publique a été voulue et introduite sous le gouvernement de Silvio Berlusconi, dans le but, à peine dissimulé, d'empêcher la condamnation du Premier ministre dans les procès le concernant. Depuis, la doctrine et les juges pénaux ont invoqué la révision de ces dispositions sans relâche, mais pour l'heure aucun changement législatif n'est intervenu. Dans ce sens, l'arrêt *Taricco* tendrait à pallier l'inertie du législateur italien, en donnant la possibilité aux juges de poursuivre et condamner les fraudeurs fiscaux.

Si le premier enjeu est animé par un esprit de justice punitive, le second est, en revanche, caractérisé par l'exigence d'une justice pénale protectrice des droits. La prescription en Italie a, par tradition jurisprudentielle consolidée, une nature substantielle et non processuelle. Par conséquent, à la différence de ce qu'affirme le juge européen, elle est soumise au principe constitutionnel de légalité. La « règle Taricco »¹⁵ porte dès lors atteinte de façon manifeste au principe de non-rétroactivité de la loi pénale *in peius*, ainsi qu'au principe de précision rédactionnelle de la loi pénale, les critères indiqués par le juge européen pour écarter les dispositions italiennes étant très vagues. Les fondements du droit pénal italien sont ainsi ébranlés. Au-delà, ce sont aussi les conceptions du rôle du juge et des sources du droit qui se trouvent frappées de plein fouet par le juge européen. La Cour de justice attribue, en effet, aux juges italiens un important pouvoir discrétionnaire, à même de remplacer le pouvoir législatif, dans un domaine qui est couvert par une réserve de loi de rang constitutionnel. Dans ce cadre, l'un des points sensibles de l'affaire tient aussi à la recherche d'un équilibre entre des principes issus de la tradition de *common law*, utilisés par la CJUE à son compte, et les exigences du système de *civil law*, auquel l'Italie reste fidèle.

L'ensemble de ces enjeux peut enfin être rapporté à la question plus générale de l'intégration européenne. Puisqu'il s'agit d'une confrontation directe entre les droits pénal et constitutionnel nationaux et le droit de l'Union, toute prise de position est fondée sur une idée particulière de l'intégration. En cela, l'affaire *Taricco* constitue un puissant révélateur de la pluralité des modes de concevoir et de pratiquer le système juridictionnel multi-niveaux, au sein d'un même État membre.

Les divisions au sein de la doctrine italienne et des juridictions pénales se sont en effet articulées en privilégiant, pour certains, l'exigence punitive, et pour d'autres, l'exigence de garantie des droits. Certains auteurs et juges qui voyaient dans l'affaire *Taricco* l'occasion de réformer la réglementation sur la prescription ont prôné l'application de l'arrêt de la CJUE, en faisant figure de fiers pro-européens¹⁶. En revanche, la doctrine qui s'est opposée à la règle Taricco, ainsi que les juges – la Cour d'Appel de Milan et la Cour de cassation – qui ont soulevé une question préjudicielle de constitutionnalité¹⁷, en invoquant la suprématie de la

¹⁵ Nous utilisons ici l'expression utilisée par le juge constitutionnel rapporteur sur l'affaire *Taricco* afin de renvoyer au contenu essentiel de l'arrêt européen lors de l'audience du 23 novembre 2016. Cette expression a par la suite été employée par la Cour constitutionnelle dans l'ordonnance n°24/2017 de saisine de la CJUE.

¹⁶ Parmi les différents auteurs v. : F. Vigano, « Il caso Taricco davanti alla corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco », *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462808569VIGANO%202016_3%20\(Taricco\).pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462808569VIGANO%202016_3%20(Taricco).pdf). Quant à la jurisprudence v. : Cour cass., Sect. 3, arrêt n° 2210 du 17 sept. 2015, *Pennacchini*, Rv. 26612, <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2016/01/cass-pen-2210-2016.pdf>

¹⁷ Cour d'appel de Milano, Sect. II pénale, *ordinanza* n° 339, 18 sept. 2015, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1442596551Ord_rim_18.9.15.pdf; Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, 8 juill. 2016, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1468419448ordinanza_qlc_28346_2016.pdf.

Constitution sur le droit de l'Union¹⁸, ont endossé le rôle de souverainistes obstinés¹⁹. La Cour constitutionnelle elle-même, bien qu'elle ait décidé de poser une question préjudicielle à la CJUE afin de ne pas faire primer automatiquement le droit national²⁰, a été accusée, par une grande partie des commentateurs, d'avoir agi dans une optique de défense de l'identité nationale²¹.

Toutefois, la réalité est plus complexe et elle ne saurait se réduire à l'opposition européenistes/souverainistes. L'analyse attentive des étapes de cette affaire - de la question préjudicielle posée à la CJUE par le juge de Cuneo en 2014, en passant par la décision de la CJUE et la question de constitutionnalité posée par les juges nationaux, jusqu'à la récente question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle italienne - révèle les véritables finalités poursuivies par chaque juge et la conception respective de la collaboration inter-juridictionnelle.

Deux grandes tendances semblent s'esquisser. D'une part, loin d'être « pro-européens », le juge italien qui a formulé la question préjudicielle en 2014 et la Cour de justice dans l'arrêt *Taricco* de 2015 privilégient un rapport instrumental avec la procédure du renvoi préjudiciel. Le juge national se sert en effet du renvoi dans le but, tout interne, de réformer une législation « scélérate ». Dans les faits, toute question relative à la violation du droit de l'Union lui est indifférente. Le juge européen, pour sa part, voit dans le renvoi italien l'occasion de renforcer la protection des intérêts financiers de l'Union. Il opère, en outre, un revirement important de sa jurisprudence en matière d'effet direct et étend de façon surprenante sa compétence en matière pénale. Il s'agit donc d'une collaboration instrumentale, dans laquelle chaque juge réfléchit exclusivement en fonction de l'ordre auquel il appartient. Cette attitude représente la négation même de l'esprit d'intégration européenne. Elle est toutefois symptomatique, d'une part, de l'absence d'une sensibilité européenne chez de nombreux juges nationaux et, d'autre part, de la résistance traditionnelle de la Cour de justice à inclure dans ses jugements la prise en compte de l'impact constitutionnel des règles européennes²². C'est précisément cette attitude contre-productive qui exaspère les cours suprêmes nationales et qui trouble actuellement les rapports entre les systèmes.

En revanche, les cours suprêmes à l'origine des questions de constitutionnalité et la

¹⁸ Ils demandent notamment l'application de la théorie des contre-limites, élaborée par la Cour constitutionnelle à partir de l'arrêt n° 183/73 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, FI, 1974, I, p. 31.

¹⁹ *Ex plurimis* : M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *Rivista AIC*, n°2/2016, 15 avr. 2016, <http://www.rivistaaic.it/il-brusco-risveglio-i-controllimiti-e-la-fine-mancata-della-storia-costituzionale.html>; R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *Diritto penale contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1467364856BINR_2016a.pdf; S. Catalano, « Il caso Taricco : una fuga in avanti », *Forum dei quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/catalano.pdf>; V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controllimiti », *Diritto penale contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462376539MANES_2016a.pdf; C. Sotis, « Il limite come controllimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco », *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/sotis.pdf>.

²⁰ Cour const., *ordinanza* n°24/2017 (audience le 23 nov. 2016, déposée le 26 janv. 2017), <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

²¹ A. Ruggeri, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti », *Consulta Online*, vol. 1, 2017, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri66.pdf>; M. Caianiello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario ? », *Diritto penale contemporaneo*, 24 fév. 2017, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/CAIANIELLO_2017a.pdf; G. Piccirilli, « L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti : un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida », *Consulta Online*, vol. I, 2017, <http://www.giurcost.org/studi/piccirilli.pdf>.

²² Sur ce point v. : G. Repetto, « Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco », *Diritti comparati*, 20 fév. 2017, <http://www.diritticomparati.it/2017/02/una-ragionevole-apologia-della-supremacy-in-margine-allordinanza-della-corte-costituzionale-sul-caso.html>

Cour constitutionnelle italienne, opèrent, à notre avis, dans le sens d'une collaboration constructive. Ces juges raisonnent non pas dans le cadre étroit de l'ordre d'appartenance, mais dans celui de l'intégration européenne. Leur action est donc pensée pour produire un impact dans la construction de cette intégration. Or, il s'avère dans ce cadre que la Cour d'appel et la Cour de cassation, d'une part, et la Cour constitutionnelle, d'autre part, développent une conception différente de l'Union européenne. Les deux premières défendent clairement une idée dualiste des rapports entre l'Union et l'Etat italien. En ce sens, elles ont jugé nécessaire de saisir la Cour constitutionnelle et non la Cour de justice, puisque le conflit normatif ne pouvait, à leurs yeux, être résolu qu'à travers l'expulsion de l'ordre interne de la norme européenne. L'application des « contre-limites »²³ est pour ces juges une « *actio finium regundorum* » physiologique entre l'ordre national et l'ordre supranational, dans le processus complexe et multifactoriel d'intégration européenne »²⁴. Il s'agit donc d'une étape douloureuse, mais nécessaire, de la construction européenne, à laquelle ils contribuent activement.

La Cour constitutionnelle italienne, en revanche, propose une optique différente, non seulement par rapport aux juges *a quo*, mais par rapport aux cours suprêmes des autres pays membres. En dépassant l'approche moniste et dualiste, la « voie italienne » de la collaboration judiciaire est celle du « pluralisme constitutionnel » : une intégration capable de prendre en compte à la fois les exigences d'uniformité de l'Union et celles de la diversité des traditions constitutionnelles des Etats membres. Dans ce système pluraliste intégré, les conflits inter-normatifs doivent permettre d'élever le niveau de protection des droits au sein même de l'Union européenne. Le renvoi préjudiciel de la Cour a donc pour objectif d'expliquer les difficultés italiennes dans la réception de la règle Taricco et de trouver un terrain d'entente pour résoudre non seulement le conflit national, mais aussi le déficit de protection détecté dans le système européen en matière de légalité pénale.

L'affaire *Taricco* offre en conséquence l'occasion de questionner l'intégration juridictionnelle en Europe, son esprit, ses tendances, son évolution. Ainsi, si la « collaboration instrumentale » pourrait miner un dialogue juridictionnel installé (I), la « collaboration constructive » paraît conforter le système juridictionnel européen, voire lui donner un nouvel élan (II).

I. Une collaboration juridictionnelle instrumentale

La question préjudicielle posée par le juge du Tribunal italien de Cuneo, ainsi que l'arrêt de la CJUE en réponse à ce renvoi, sont révélateurs d'une double instrumentalisation. Le juge *a quo* utilise le renvoi préjudiciel pour contourner l'action législative et initier directement une réforme pénale attendue. Les accusés deviennent ainsi le prétexte pour pallier l'inadéquation de la loi (A). La Cour de justice considère, de son côté, le renvoi préjudiciel comme un moyen pour protéger les intérêts financiers de l'Union, étendre la portée des effets directs et ses compétences en matière pénale. Là aussi la considération des droits individuels occupe une moindre place (B).

A. Un juge ordinaire révolté contre le législateur

²³ Le terme « *controlimite* » a été élaboré par la doctrine italienne à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle *Frontini et Pozzani*, cit. (v. P. Barile, « Il cammino comunitario della Corte », *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2417). Il renvoie à la théorie selon laquelle il est possible pour un Etat, dans certaines conditions, de « contre-limiter » l'étendu de la limitation de souveraineté qui dérive de son adhésion à une organisation supranationale. Ce terme a été utilisé par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°238/2014.

²⁴ Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n°28346/16, cit., p. 51.

La « fraude carrousel » - L'affaire est déclenchée par un magistrat pénal du Tribunal de première instance de Cuneo chargé de juger un délit de fraude fiscale, appelé « fraude carrousel ». Il s'agit d'un système de fraude très répandu dans les pays de l'Union européenne, depuis la suppression des frontières fiscales en 1993. Il permet à des sociétés éphémères, voire à des sociétés-écrans, d'abuser du système européen de taxe sur la valeur ajoutée, fondé sur le principe de destination²⁵. Les conséquences de ce délit sont graves : la perte de recettes pour les Trésors de l'ensemble des Etats membres est de l'ordre de 100 milliards d'euros par an²⁶ ; de plus, cette opération permet au fraudeur de disposer de produits à un prix inférieur à celui du marché et de les revendre, en faussant ainsi la concurrence.

En l'espèce, M. Taricco ainsi que d'autres personnes, sont considérés coupables²⁷ par le juge de l'audience préliminaire²⁸ de Cuneo d'avoir procédé à des montages juridiques frauduleux de type « carrousel à la TVA », leur permettant d'acquérir et de revendre des biens hors TVA. Avant de procéder au renvoi des accusés devant le juge de l'audience, le juge de l'audience préliminaire ne peut que constater une évidence fâcheuse : tout le travail, long et complexe, accompli jusque-là par les forces de l'ordre, le ministère public et lui-même afin de détecter et de prouver la fraude aura été vain, puisque les délits seront prescrits au plus tard le 8 février 2018, soit avant qu'un jugement définitif ne soit rendu.

La prescription de l'action publique en Italie - En effet, l'article 157 du Code pénal italien prévoit que « le délit est prescrit à l'expiration du délai correspondant au maximum de la peine prévue par la loi ». Or, l'écoulement du temps de la prescription peut être interrompu par certains actes processuels²⁹. Un nouveau délai recommence ainsi à courir à compter de la date de l'acte interruptif. Toutefois, à la différence du système français³⁰, en Italie, l'article 161 du code pénal prévoit que « l'interruption de la prescription ne peut en aucun cas conduire à augmenter le délai de prescription de plus du quart de sa durée maximale prévue »³¹.

Ce régime, issu d'une réforme de 2005, constitue un *unicum* dans le panorama européen. Très critiqué³², à l'époque de son adoption certains auteurs vont jusqu'à préconiser

²⁵ Il consiste à créer dans différents États membres des sociétés qui réalisent entre elles des opérations fictives de revente à perte, en se faisant à chaque fois rembourser les trop-perçus de TVA. Avant que les administrations fiscales des différents pays se soient aperçues de la supercherie, les sociétés fraudeuses ont disparu et les trop-perçus de TVA ont été détournés. V. : O. Fouquet, « Fraude « carrousel » à la TVA intracommunautaire », *RTD com.* 2006. 508.

²⁶ Commission UE, « Implementing destination principle to Intra-EU B2B supplies of goods », 30 juin 2015, http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/publications/studies/ey_study_destination_principle.pdf

²⁷ Exception faite pour M. Ananiev, étant donné que les délits en cause sont prescrits à son égard.

²⁸ La procédure pénale en Italie se structure en trois phases : la phase des enquêtes préliminaires, coordonnées par le juge des enquêtes préliminaires (*giudice delle indagini preliminari*) ; la phase de l'audience préliminaire devant le juge de l'audience préliminaire (*giudice per l'udienza preliminare*) ; et enfin l'audience (*dibattimento*). Le juge de l'audience préliminaire doit décider, sur la demande du ministère public, de renvoyer ou pas l'accusé devant le juge de l'audience.

²⁹ Les actes interruptifs sont indiqués à l'art. 160 code pén.

³⁰ En vertu de l'art. 7, 2^e al., 8 et 9 du code de procédure pénale français, l'interruption du délai de prescription de l'action publique résulte d'un acte juridique qui anéantit le délai écoulé et le fait de nouveau courir entièrement.

³¹ Art. 161 code pén. En l'espèce, les infractions reprochées aux accusés sont punies d'une peine pouvant aller, en vertu des articles 2 et 8 du DL n° 74/2000, jusqu'à six années d'emprisonnement. Le délai de prescription est donc de six ans. Malgré l'interruption de ce délai, en application de l'art. 161 code pén., la prescription ne peut pas être prorogée au-delà de sept ans et six mois.

³² V. la Relation du Procureur général de la Cour de cassation de 2013 *in* http://www.cortedicassazione.it/Documenti/2013_Relazione_Ciani.pdf.

une « abolition du droit pénal »³³. La réduction considérable des délais de prescription conjuguée à la possibilité pour un délit d'être prescrit jusqu'en cassation, assurent en effet l'impunité de certains malfaiteurs et entravent le bon fonctionnement de la justice italienne. De façon paradoxale, le procès pénal devient un instrument permettant de poursuivre l'extinction de l'action publique et d'ôter ainsi aux faits poursuivis tout caractère délictueux³⁴. La crédibilité du système judiciaire est alors mise à mal et les garanties individuelles sont menacées par l'engorgement chronique des cours.

Ce contexte explique l'indignation du juge de Cuneo. L'affaire *Taricco* constitue le prétexte idoine pour dénoncer cette situation « scandaleuse »³⁵, faisant de l'« impunité » non plus une exception, mais « la norme »³⁶. De l'indignation, le juge italien passe alors à la révolte, non contre un système judiciaire qu'il considère comme efficient et efficace³⁷, mais contre le législateur, véritable responsable de cette situation d'impunité généralisée. La clé d'explication est à rechercher tout à la fois, dans l'adoption d'une réglementation « scélérate » en 2005³⁸ et dans l'inaction qui a suivi³⁹.

La « saisine-pamphlet » - La saisine de la Cour de justice de l'Union européenne *via* la formulation d'une question préjudicielle *ex* article 267 TFUE constitue l'instrument juridique de cette révolte. En ce sens, le magistrat de l'audience préliminaire rédige la question préjudicielle de telle sorte qu'elle s'apparente davantage à un pamphlet : dans un style désinvolte, le ton est celui d'une mise en accusation moralisante. Le juge déclare « scandaleuses » les conséquences de l'application de la réglementation sur l'interruption de la prescription⁴⁰ et pose comme *demonstratum*, et non pas comme *demonstrandum*, l'inadéquation des articles 160 et 161 du Code pénal face aux exigences de la répression de la fraude fiscale en Italie. Il essaie en outre de délégitimer ces dispositions aux yeux de la Cour de justice, en évoquant le contexte politique qui a motivé la réforme de la prescription de 2005. De façon surprenante, le juge cite des articles de la presse quotidienne italienne et étrangère pour indiquer que cette novation a été voulue, à l'époque, pour « sauver » l'ex Président du Conseil Silvio Berlusconi d'éventuelles condamnations pénales à son encontre⁴¹.

³³ G. Marinucci, « La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 988.

³⁴ En ce sens, le Procureur général de la Cour de cassation dans sa Relation de 2013, http://www.cortedicassazione.it/Documenti/2013_Relazione_Ciani.pdf. Cela produit une distorsion évidente : les accusés font systématiquement appel des décisions de justice et délaissent les procédures abrégées, créées pour désencombrer les cours, afin d'atteindre les délais de prescription. V. P. Ferrua, « L'ex Cirielli colpisce tutto il processo penale », *Diritto & Giustizia*, 2006, f. 45, p. 46 s. ; G. Ubertis, « Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1016 ss.

³⁵ Trib. Cuneo, *ordinanza* du 17 janvier 2014, §5, p. 12, *cit.*

³⁶ §5, p. 13, *cit.*

³⁷ §5, p. 16, *cit.* Le juge souligne que les magistrats italiens sont les premiers en Europe par rapport au nombre de procès pénaux conclus par an : 1.168.044. La France se trouve en troisième position (655.737), après l'Allemagne (864.231).

³⁸ Il s'agit de la loi n°251/2005, *in* G.U. n° 285 du 7 décembre 2005.

³⁹ §6 *cit.* A vrai dire, depuis 2006 de nombreux projets de réforme ont été présentés et discutés. Dernier en date, le projet de loi n°AS 2067, adopté par la Commission parlementaire sur la Justice en septembre 2015. Le projet n'a toutefois pas pu aboutir suite à la crise du gouvernement de Matteo Renzi, qui a conduit, le 12 décembre 2016, à l'installation d'un nouveau gouvernement de coalition, guidé par Paolo Gentiloni. Dans tous les cas, la question de la prescription n'est toujours pas tranchée au sein de la Commission parlementaire. Si le rapporteur du projet de loi est en faveur de la cessation de l'écoulement de la prescription de l'action publique après la condamnation en première instance (intervention au Sénat du 15 septembre 2016), la majorité semble contraire à une modification en ce sens. Sur cette réforme la Revue trimestrielle *Diritto penale contemporaneo* a consacré le n°1/21016.

⁴⁰ §5, *cit.*, p. 12.

⁴¹ § 6, p. 17.

Juge de l'adéquation de la loi - Le juge du cas concret s'érige ainsi en juge de la loi, certes non de la constitutionnalité de la loi, mais de l'adéquation de la loi à l'objectif poursuivi, juge de l'efficacité, de l'efficace de celle-ci dans le cadre de l'ordre interne.

Cette posture constitue le premier *vulnus*, la blessure originaire élargie par la CJUE ensuite, infligée à l'identité constitutionnelle italienne par l'affaire *Taricco*. La nature de l'activité juridictionnelle dans un pays romano-germanique tel que l'Italie impose que le juge ordinaire interprète et applique la loi en fonction du cas d'espèce, sans pouvoir se prononcer abstraitement sur la qualité ou l'adéquation de celle-ci au but poursuivi. Cela relève de la seule compétence du législateur.

Cette dénaturation du rôle du juge est lourde de conséquences. Dans la question préjudicielle posée à la CJUE, les individus accusés et leurs droits semblent oubliés, sacrifiés sur l'autel de l'exigence de réformer une réglementation considérée comme inefficace. Peu importe au juge piémontais que la prescription ait été conçue comme une garantie pour les accusés⁴². Pour lui, l'application effective de la peine est « la forme la plus efficace de protection des droits » des individus⁴³. La prescription aurait dès lors pour seul but la « garantie de l'impunité ». La question de savoir si, en cas de réponse favorable du juge européen, l'inapplication de l'article 161 du Code pénal pourrait porter atteinte aux principes fondamentaux du droit pénal⁴⁴ n'est même pas abordée dans l'ordonnance.

Un renvoi préjudiciel instrumental - L'exigence punitive trouve dans la saisine du juge européen un instrument d'exception : si les dispositions sont considérées contraires aux articles 101, 107, 119 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), ainsi qu'à la directive de 2006 sur le système commun de TVA⁴⁵, en vertu du principe de primauté les juges nationaux pourront écarter les normes internes et résoudre ainsi, par voie prétorienne, la longue querelle sur la prescription, tout au moins en matière de fraude fiscale. La question préjudicielle n'est alors qu'un moyen pour mener un combat juridique entièrement national.

L'appel final lancé par le magistrat de Cuneo aux juges de la CJUE, dans la « saisine-pamphlet », exprime clairement la logique de cette collaboration judiciaire instrumentale⁴⁶ : « La Cour de justice a une très grande opportunité : celle d'opérer un changement qui fera date, en vue d'une application toujours plus efficace du droit de l'Union »⁴⁷. Le juge italien présente ainsi l'affaire comme une « opportunité », un prétexte bienvenu pour que chaque juge y trouve son compte. En ce sens, le juge *a quo* obtiendrait d'écarter une norme qui rend inefficace la poursuite des fraudes fiscales ; quant au juge européen, il pourrait saisir

⁴² L'écoulement du temps fait tomber, en effet, les exigences de prévention générale qui gouvernent la répression des délits. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 764. Notamment, dans le système italien, la finalité de rééducation de la peine ex art. 27 de la Constitution serait compromise dans sa dimension téléologique une fois passé un certain temps de la commission des faits. La Cour de cassation, III sect. pénale s'exprime en ce sens dans l'*ordinanza* de saisine de la Cour constitutionnelle, ord. n° sez. 2282, R.G.N. 2055/2016, 8 juillet 2016, p. 30, http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2016&numero=212&numero_parte=1.

⁴³ §19, p. 27.

⁴⁴ Notamment, au principe de légalité, dans sa dimension de la non-rétroactivité de la loi pénale *in peius*.

⁴⁵ Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006.

⁴⁶ A noter que l'utilisation du renvoi préjudiciel à la place de la procédure d'infraction, afin de masquer derrière un problème d'interprétation juridique un « cahier de doléances » substantiellement politique, est désormais très fréquente. La CJUE semble seconder cette tendance, en reconnaissant des frontières très larges au renvoi préjudiciel. V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controlimiti », *cit.*, p. 6; M. Caianiello, « *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...* Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), p. 2.

⁴⁷ Ord. cit., §19, p. 28.

l'occasion pour étendre l'effectivité du droit de l'Union. Dans cet échange, peu de place pour la prise en compte des garanties pénales des accusés, qui ne constituent plus la finalité de l'action pénale, mais un simple instrument⁴⁸.

B. La Cour de justice protectrice des intérêts financiers de l'Union

L'appel lancé par le juge de Cuneo n'est pas resté sans réponse.

La reformulation de la question préjudicielle - La grande chambre de la CJUE manifeste un grand intérêt pour l'affaire *Taricco*, au point que, vue l'inadéquation des paramètres invoqués par le juge de Cuneo⁴⁹, elle procède à la reformulation intégrale de la question posée⁵⁰, afin de pouvoir statuer.

L'article 325 TFUE, qui impose à l'Union et aux États membres de combattre « la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », est la principale norme-paramètre choisie par la Cour de justice afin d'évaluer la conformité de l'article 160 du code pénal italien au droit européen⁵¹. Ce choix n'est pas neutre. L'article 325 TFUE, en effet, a très souvent constitué le fondement normatif permettant de légitimer l'interventionnisme créatif de la jurisprudence et du législateur européens en matière pénale. Les décisions les plus innovantes et expérimentales trouvent leur justification dans la protection des intérêts financiers de l'Union⁵². Ces intérêts sous-tendent en effet un enjeu vital

⁴⁸ En ce sens aussi : C. Sotis, « Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco », *cit.*, p. 12.

⁴⁹ Le juge italien invoque (§18, arrêt *cit.*) la violation des normes du Traité FUE relatives au droit de la concurrence (art. 101 TFUE) et aux aides d'État (art. 107 TFUE). Le fait pour l'État italien de laisser impunis des entrepreneurs fraudeurs est apparenté par le juge *a quo* à une « aide d'État ». Les fraudeurs bénéficient en effet d'une position plus favorable sur le marché à laquelle s'associe une diminution du budget public (v. arrêt *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission e.a. et Commission/France e.a.*, C-399/10 P et C-401/10 P). La situation de faveur des entrepreneurs pourrait en outre affecter les échanges entre les États membres (v. arrêt *Libert e.a.*, C-197/11 et C-203/11). Au vu des arrêts *Commission/Pays-Bas* (C-279/08 P) et *Eventech Ltd* (C-518/13), qui confirment la qualification de l'aide d'État par rapport aux effets produits et non en relation aux modes de l'intervention publique, la Cour de justice aurait peut être pu valider l'interprétation du juge *a quo*.

⁵⁰ La CJUE est compétente pour reformuler les questions préjudicielles qui lui sont adressées (v. par ex. CJUE, 9 octobre 1980, aff. 823/79, *Carciati*; 5 octobre 1994, aff. C-151/93, *Voogd Vleesimport*; 3 octobre 2000, aff. C-58/98, *Corsten*; 31 janvier 2008, aff. C-380/05, *Centro Europa 7*). Toutefois, en l'espèce, en allant même au-delà de la première reformulation de l'Avocat général, la CJUE fait usage de cette faculté de façon très étendue. Bien que trois questions sur quatre du juge italien ne soient pas recevables, le juge préfère reformuler la question et statuer sur l'affaire. C. Amalfitano, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia ? », *Forum dei Quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, p. 7, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/amalfitano.pdf>.

⁵¹ Les autres normes-paramètres établis par la CJUE sont : la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995 (JO C 316 – Convention « PIF »); la directive 2006/112; la décision 2007/436/CE, Euratom du Conseil, 7 juin 2007, relative au système des ressources propres des Communautés européennes (JO L 163).

⁵² V. par ex. CJCE 21 septembre 1989 *Commission c/ Grèce*, 68/88 (obs. V. Constantinesco, *JDI* 1990, 453), qui a donné naissance à l'obligation de congruence des sanctions; ou bien le règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, *relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* et le Règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil, 11 novembre 1996 *relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités* qui attribuent à la Communauté une compétence pénale administrative directe, accompagnée de pouvoirs d'inspection importants; ou encore le *Corpus Juris*, une étude approfondie sur l'ensemble de règles relatives à la protection pénale des intérêts financiers communautaires, qui a conclu à la faveur de l'institution d'un procureur européen (v. M. Delmas-Marty et M. – J.A.E. Vervaele (dir. par), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Anvers – Groningen – Oxford, 2000 et 2001); et enfin l'art. 86 TFUE, qui prévoit la possibilité d'instituer un Parquet européen pour la protection exclusive des intérêts financiers de l'Union.

pour l'Union. S'ils sont attaqués, c'est l'existence même de l'organisation européenne qui est mise en danger. L'arrêt *Taricco* du 8 septembre 2015 fournit encore une fois l'illustration de l'importance stratégique de cet enjeu.

En statuant sur la question préjudicielle⁵³, la CJUE accepte ainsi la collaboration avec le juge italien et l'instrumentalise, via l'article 325 TFUE, afin de procéder à une extension importante d'une part, des effets directs, et d'autre part, des compétences de l'Union en matière pénale. Cela se fait, toutefois, au détriment des droits et des libertés et en violation des principes structurant le droit pénal italien.

La règle Taricco - La grande chambre de la CJUE considère que :

« Dans l'hypothèse où le juge national parvient à la conclusion que l'application des dispositions nationales en matière d'interruption de la prescription aurait pour effet que, dans un nombre considérable des cas, les faits constitutifs de fraude grave ne seront pas pénalement punis, dans la mesure où ces faits seront généralement prescrits avant que la sanction pénale prévue par la loi puisse être infligée par une décision judiciaire définitive, il y aurait lieu de constater que les mesures prévues par le droit national pour combattre la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ne sauraient être considérées comme étant effectives et dissuasives, ce qui serait incompatible avec l'article 325, paragraphe 1, TFUE, l'article 2, paragraphe 1, de la convention PIF ainsi que la directive 2006/112, lue en combinaison »⁵⁴.

Par conséquent :

« Au cas où la juridiction nationale aboutirait à la conclusion que les dispositions nationales en cause ne répondent pas à l'exigence du droit de l'Union tenant au caractère effectif et dissuasif des mesures de lutte contre la fraude à la TVA, il incomberait à cette juridiction de garantir le plein effet du droit de l'Union en laissant, au besoin, inappliquées lesdites dispositions (...), sans qu'elle ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celles-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »⁵⁵.

Le revirement en matière d'effet direct - Ces quelques passages de l'arrêt surprennent, tout d'abord, en ce qu'ils constituent une rupture importante avec la jurisprudence précédente de la CJUE en matière d'effet direct.

Pour la Cour de justice, lorsque le juge italien considère que la répression de la fraude à la TVA est entravée par la réglementation sur l'interruption de la prescription, il peut, sans attendre ni l'intervention du législateur, ni celle de la Cour constitutionnelle, l'écarter et cela dans le seul but de protéger les intérêts financiers de l'Union⁵⁶. L'effet d'une telle

⁵³ Concernant la compétence de la Cour à connaître de cette affaire, le juge européen confirme la jurisprudence *Åkerberg Fransson* (C-617/10), dans laquelle la CJUE a considéré que la réglementation sur la TVA rentre dans le cadre d'application du droit européen, puisque la TVA perçue par les Etats membres est par la suite reversée, selon le système des ressources propres, à Bruxelles. À noter que cette auto-attribution de compétence n'a pas été acceptée pacifiquement par l'ensemble des Etats. Suite à l'arrêt *Fransson*, le *Bundesverfassungsgericht* a réagi par une décision sur l'affaire dite « data base antiterrorisme » (BVerfG, 1 BvR, 1215/07 du 24 avril 2013), en menaçant la censure des actes *ultra vires*, lorsque la CJUE aurait insisté dans l'orientation jurisprudentielle affirmée dans ledit arrêt (note *RIDC*, n°3/2013, vol. 65, pp. 804-806). Cohérent avec cette position, le gouvernement allemand a présenté des observations dans l'affaire *Taricco*, en contestant la compétence de l'Union dans le domaine de la fraude fiscale.

⁵⁴ CJUE, 8 sept. 2015, *cit.*, par. 47.

⁵⁵ Par. 49, arrêt *cit.*

⁵⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

inapplication de la norme interne est de toute évidence *in malam partem* pour l'accusé, qui se voit priver, au cours de la procédure judiciaire, de son droit à bénéficier de l'extinction de l'action publique. Or, la Cour de justice tend à inscrire cette décision dans le cadre d'une jurisprudence consolidée, en se référant, notamment aux arrêts *Berlusconi e.a.*⁵⁷ et *Küçükdeveci*⁵⁸. En réalité, selon une partie importante de la doctrine italienne, l'arrêt *Taricco* trahit la doctrine de l'effet direct développée jusque-là par le juge communautaire. Il ignore en effet l'exigence d'assurer la protection des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et la nécessité, à travers celle-ci, de garantir l'effectivité de ce droit. L'objectif de l'arrêt *Van Gend & Loos*⁵⁹, fondateur en matière d'effet direct, est bien celui de permettre aux individus de faire valoir un droit subjectif de dérivation communautaire. Les arrêts successifs, *Costa c. Enel*⁶⁰, *Factortame*⁶¹ et le plus récent *Francovich*⁶² confirment que les juges nationaux ont la lourde tâche de garantir la protection juridictionnelle des individus en vertu des normes du droit de l'Union dotées d'un effet direct. Dans l'arrêt *Berlusconi et autres*⁶³, la Cour précise encore que l'effet direct ne peut pas se produire au détriment d'un individu, en aggravant, notamment, la responsabilité pénale des accusés⁶⁴. L'effet direct peut donc jouer à la seule faveur des citoyens, afin d'assurer la protection de leurs droits contre le comportement négligent de l'Etat.

À l'opposé de ces précédents, la décision *Taricco* sacrifie les individus sur l'autel des intérêts financiers de l'Union : ici c'est justement la négligence du législateur, notamment son inaction en matière de réforme de la prescription pénale, qui, sanctionnée par le juge européen, produit une aggravation de la situation juridico-pénale des individus. Pour une partie de la doctrine italienne, dans l'arrêt *Taricco* la CJUE affirme alors pour la première fois qu'une norme de rang primaire – l'art. 325 TFUE – produit un effet direct, tout au moins partiel⁶⁵, vertical⁶⁶, *in malam partem* pour les individus⁶⁷. Il s'agit d'un revirement

⁵⁷ Arrêts C-387/02, C-391/02 et C-403/02, pt. 72.

⁵⁸ Arrêt C-555/07, pt. 51.

⁵⁹ C-26/62.

⁶⁰ C-6/64.

⁶¹ C-213/89.

⁶² C-6/90 et C-9/90. *JCP* 1992 II 21783, note A. Barav ; D. Simon, L. Dubouis, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA*, 1992, p. 1.

⁶³ *Cit.*

⁶⁴ V. en ce sens : CJUE 18 déc. 2014, avis 2/13.

⁶⁵ L'art. 325 TFUE, dans l'interprétation de la CJUE dans l'affaire *Taricco*, produit l'effet d'évincer la règle nationale contraire, mais non pas celui de la substituer. V. en particulier les par. 50 et 51 de l'arrêt *Taricco*. Sur la distinction entre « effet direct partiel » et « effet direct total », v. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, Paris, Puf, 2008, p. 361.

⁶⁶ À noter que la CJUE a déjà reconnu l'effet direct horizontal de normes des Traités, en relation aux rapports entre les individus (V. CJUE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne*. Sur l'effet direct horizontal des principes généraux du droit de l'Union, qui ont le même rang que les traités, v. : CJUE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, et 19 avril 2016, aff. C-441/14, *Dansk Industri*). Dans ces affaires, l'effet allait au détriment d'un sujet et au bénéfice d'un autre. Jamais jusqu'à l'arrêt *Taricco*, la CJUE n'a reconnu l'effet direct vertical à la faveur de l'Etat négligent et, de plus, en matière pénale.

⁶⁷ C. Amalfitano, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia ? », *cit.*, p. 5 ; R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.* ; S. Catalano, « Il caso Taricco : una fuga in avanti », *cit.* ; D. Gallo, « La primazia del primato sull'efficacia (diretta ?) del diritto UE nella vicenda Taricco », *Sidiblog*, 25 fév. 2017, <http://www.sidiblog.org/2017/02/25/la-primazia-del-primato-sullefficacia-diretta-del-diritto-ue-nella-vicenda-taricco>. Daniele Gallo, en particulier, considère qu'implicitement la CJUE opère un revirement d'importance : la finalité de l'efficacité directe n'est plus la reconnaissance d'un droit, mais plutôt l'imposition d'une obligation. Sur cette tendance v. aussi : S. Robin-Olivier, « The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections », *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 165-188.

d'importance qui aurait nécessité d'une argumentation bien plus approfondie, capable de définir les limites et la portée de l'évolution jurisprudentielle *post Van Gend Loos*⁶⁸.

L'arrêt apporte une innovation à la doctrine de l'effet direct à un second titre. Il attribue cet effet à l'article 325 TFUE, pourtant disposition générale et indéterminée sur la production des lois, adressée aux Etats membres. La norme indique, en effet, un standard de protection général et indéfini⁶⁹ et pose à la charge des Etats une obligation de résultat⁷⁰. Par conséquent, l'article 325 ne semble pas satisfaire les critères qui guident traditionnellement la jurisprudence européenne dans l'identification des normes produisant des effets directs⁷¹. Certes, il ne faut pas oublier que les effets directs ne sont pas une caractéristique intrinsèque d'une norme⁷², mais une qualité attribuée par la jurisprudence de la Cour de justice au gré des affaires. La Cour est donc libre d'élever au rang de norme produisant des effets directs l'article 325. Toutefois, cette nouvelle jurisprudence, créative et créatrice aurait exigé des argumentations longues et précises – et cela d'autant plus qu'elle porte atteinte aux droits individuels. À défaut, elle risque d'affaiblir la légitimité de la CJUE aux yeux des juges nationaux⁷³.

Compétences de l'UE en matière pénale - Quant à l'innovation sur le plan du droit matériel de l'Union, il est à souligner que jamais auparavant l'article 325 TFUE n'avait servi comme fondement légal pour la protection pénale des intérêts financiers de l'Union. L'article 325 n'est en effet pas une norme pénale. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union reconnaît aux institutions européennes une compétence pénale seulement indirecte, en prévoyant l'adoption de directives dans certains domaines de la criminalité, caractérisés par une dimension transnationale. Or les fraudes aux intérêts financiers de l'Union n'en font pas partie⁷⁴. Voici donc que le droit matériel de l'Union semble s'étendre par voie prétorienne, en violation de la procédure prévue par l'article 83 TFUE.

Une CJUE arrogante ? - Ces innovations jurisprudentielles ne manquent pas d'être perçues par une majeure partie de la doctrine italienne comme des actes d'une grande arrogance. La CJUE est accusée de profiter de cette affaire pour empiéter sur les compétences souveraines des Etats, au détriment, de surcroît, des droits et des libertés⁷⁵.

Toutefois, même si elles contribuent à alimenter les tensions⁷⁶, ces évolutions jurisprudentielles du droit de l'Union peuvent difficilement être contestées par les juges

⁶⁸ En ce sens, D. Gallo, « La primazia del primato sull'efficacia (diretta ?) del diritto UE nella vicenda Taricco », *cit.*

⁶⁹ Notamment, selon l'art. 325, 1^{er} al., les mesures prises pour combattre la « fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union » doivent être « dissuasives » et offrir « une protection effective » au sein des Etats membres et de l'UE.

⁷⁰ Il s'agit d'adopter les mêmes mesures pour combattre la fraude fiscale sur le plan national et européen, art. 325, 2^e al.

⁷¹ Notamment, les caractères clair et précis de la norme, son caractère inconditionnel et l'absence de nécessité d'adopter de mesures complémentaires (CJEU, 4 déc. 1974, *van Duyn*, aff. 41/74 ; 19 janv. 1982, *Becker*, aff. 8/81 ; 19 nov. 1991, *Francovich e a.*, aff. réunies C-6/90 et C-9/90).

⁷² Même les règlements et les décisions individuelles, qui en vertu de l'art. 288 TFUE sont directement applicables, produisent des effets directs de différente intensité. V. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, *op. cit.*, p. 364 et 367.

⁷³ R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.*, p. 6.

⁷⁴ Art. 83, par. 1, TFUE.

⁷⁵ Pour tous : R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.* ; M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*

⁷⁶ R. Bin, « Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori ? », *cit.*, p. 5 ; M. Bassini, « Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco », *Consulta online*, n°1/2016, <http://www.giurcost.org/studi/bassini.pdf>.

nationaux, puisqu'elles relèvent de la compétence de la CJUE⁷⁷. D'autres aspects de l'arrêt, en revanche, entrent directement en conflit avec les principes constitutionnels italiens et fondent alors l'opposition juridictionnelle nationale.

L'atteinte au principe de légalité - En premier lieu, la Cour de Luxembourg considère que l'inapplication *in malam partem* des dispositions sur la prescription n'est pas contraire au principe de légalité, sous l'angle de la prévisibilité de la sanction, garanti par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pour la CJUE, la prescription a en effet une nature purement processuelle⁷⁸. Ainsi, dans cette affaire, à la différence de l'arrêt *Melloni*⁷⁹, la question n'est pas celle de la protection multi-niveaux des droits⁸⁰. Pour le juge luxembourgeois, la réglementation italienne se situe tout simplement en dehors de la garantie du principe de légalité. Pour fonder son appréciation, en l'absence de précédents propres, la CJUE s'appuie sur la jurisprudence de la Cour EDH⁸¹, en se référant à l'arrêt *Coëme et a. c. Belgique*⁸². Or, cette décision concerne un système – le système belge –, qui attribue à la prescription une nature processuelle, alors qu'en Italie la prescription a une nature substantielle. En outre, le juge de Strasbourg reconnaît dans l'affaire la légitimité d'une réglementation nationale qui prolonge les délais de prescription des affaires en cours, alors que dans le cas *Taricco* l'inapplication de la norme sur l'interruption aurait pour effet de rendre impossible la prescription de la fraude. Les cas belge et italien ne sont donc pas analogues⁸³. La faiblesse du fondement normatif de cette prise de position en matière de prescription active le sentiment d'humiliation ressenti par la doctrine⁸⁴ et les juges italiens⁸⁵, lesquels reprochent au juge européen de ne pas prendre en compte la tradition consolidée dans leurs pays et, de surcroît, de se fonder pour ce faire sur une argumentation juridique fragile.

L'imprécision des critères - En second lieu, la Cour de Luxembourg impose au juge national d'écarter la norme sur l'interruption de la prescription sur la base des critères suivants : lorsque « cette réglementation nationale empêcherait l'infliction de sanctions

⁷⁷ La Cour de cassation, dans sa question préjudicielle de constitutionnalité relève bien deux anomalies relatives à la norme-paramètre, art. 325 TFUE : elle n'est pas une disposition pénale (Cour cass., 8 juill. 2016, *cit.*, p. 37) et c'est une norme programmatique qui ne peut pas *a priori* produire d'effet direct (Id., p. 39). La Cour constitutionnelle, en revanche, dans son renvoi préjudiciel ne fait aucune référence explicite à cette question (v. *infra*).

⁷⁸ Selon la Cour, l'inapplication de la norme sur l'interruption de la prescription ne configure pas « une condamnation des accusés pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction réprimée pénalement par le droit national, ni l'application d'une sanction qui, à ce même moment, n'était pas prévue par ce droit » (par. 56).

⁷⁹ CJUE, GC, 26 février 2013, *cit.*

⁸⁰ La CJUE indique bien que « l'inapplication des dispositions nationales en cause aurait uniquement pour effet (...) de permettre une poursuite effective des faits incriminés » (par. 55).

⁸¹ En effet, en vertu de l'art. 53 de la Charte de Nice, les droits de la Charte protégés aussi par la Conv. EDH doivent être interprétés conformément à la jurisprudence de la Cour EDH.

⁸² CEDH, arrêt 22 juin 2000, recours n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96.

⁸³ M. Bassini, « Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco », *cit.*, p. 99-100. De plus, l'analyse de la Cour EDH présente une complexité que la CJUE semble ignorer. Dans l'arrêt *Coëme et a. c. Belgique*, le juge de Strasbourg se préoccupe de souligner que « La question d'une éventuelle atteinte à l'article 7 par une disposition qui aurait pour effet de faire renaître la possibilité de sanctionner des faits devenus non punissables par l'effet d'une prescription acquise est étrangère au cas d'espèce » (pt. 14). Le principe de légalité ne semble donc pas être complètement étranger à la prescription pénale. Sans compter que l'exclusion de la prescription de la garantie de l'art. 7 Conv.EDH ne peut pas déterminer une mutation *in peius* du statut protecteur établi en droit national ex art. 53 de la Convention EDH.

⁸⁴ Massimo Luciani parle d'attitude « méprisante » de la part du juge européen. Id., « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*, p. 15.

⁸⁵ Cour cass., 8 juill. 2016, *cit.*, p. 23-24.

effectives et dissuasives *dans un nombre considérable des cas de fraude grave* »⁸⁶. Les juges italiens considèrent que ces critères sont hautement imprécis et contestent en conséquence la violation du principe de précision rédactionnelle de la loi pénale, lequel entraîne l'atteinte à d'autres principes constitutionnels, tels la séparation des pouvoirs, la soumission du juge exclusivement à la loi, les droits de la défense ou le principe d'égalité.

Une Cour « fermée » - La CJUE ne semble pas vouloir ou pouvoir prévoir un tel choc entre la culture juridique européenne et la culture italienne. Elle reste retranchée dans la logique de l'ordre juridique à laquelle elle appartient, sans s'inquiéter des effets de sa décision sur l'ordre constitutionnel italien. La primauté, l'effet direct, les intérêts financiers de l'Union sont les seuls enjeux de l'affaire pour le juge européen. Or, seule l'ouverture à l'autre permet de construire des passerelles entre les systèmes. Lorsque les ponts sont levés, les conflits éclatent.

II. Une collaboration juridictionnelle constructive

Les effets de la décision de la Cour de justice ne se font pas attendre. À peine une semaine après, un conflit interprétatif des plus tendus se déclenche entre les juges nationaux.

La troisième section pénale de la Cour de cassation donne application à la « règle Taricco » de façon très extensive⁸⁷. Le lendemain, la Cour d'appel de Milan considère, toute au contraire, que la décision *Taricco* est une menace pour les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel. Elle refuse de l'appliquer et saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, dans laquelle elle demande de faire prévaloir les normes constitutionnelles sur les normes européennes⁸⁸. Face à l'insécurité juridique grandissante, La Cour de cassation suit cet exemple en juillet 2016⁸⁹. L'invocation des « contre-limites » répond à une logique dualiste de l'intégration européenne. Malgré le postulat moniste de l'Union, les juges italiens restent fidèles à l'idée que le droit européen prime le droit interne à la condition qu'il respecte les principes suprêmes de l'ordre italien. Si une telle violation se produit, le dualisme rejaillit et la norme européenne est expulsée de l'ordre interne. La logique dualiste est toutefois appliquée dans le cadre d'une intégration européenne acceptée. Sa force subversive est donc tempérée par les juges italiens, qui considèrent les contre-limites comme une forme d'*actio finium regundorum*, capable de contribuer à la définition des compétences au sein de l'Union (A). La Cour constitutionnelle, au lieu d'appliquer les contre-limites, saisit la CJUE d'une question préjudicielle⁹⁰, et pose ainsi les jalons d'une théorie de l'intégration européenne bien différente, celle du pluralisme constitutionnel (B).

A. La collaboration juridictionnelle selon la perspective dualiste

La Cour d'appel de Milan et la Cour de cassation refusent d'appliquer la solution de l'arrêt *Taricco*, en considérant que l'atteinte aux principes suprêmes de l'ordre constitutionnel ainsi qu'aux droits garantis par la Constitution est telle que toute action conciliatrice serait

⁸⁶ Par. 58. L'italique est de l'auteur.

⁸⁷ Le juge de cassation établit que l'arrêt *Taricco* s'applique même aux accusés de procès en cours, pour lesquels la prescription s'est réalisée avant la décision de la CJUE. Le juge de cassation argumente en affirmant que l'interprétation de la Cour de justice a une nature « déclarative » et non pas « créative » : « elle interprète les normes communautaires originaires, comme elles sont au moment de leur approbation ». Par conséquent, les interprétations du juge européen ont une portée rétroactive, valable aussi pour les lois nationales approuvées entre la date d'émanation de la norme européenne et celle de la décision interprétative du juge européen. Cour cass., Sect. 3, arrêt n° 2210 du 17 sept. 2015, *Pennacchini*, cit.

⁸⁸ Cour d'appel de Milano, Sect. II pénale, *ordinanza* n° 339/2015, cit.

⁸⁹ Cour cass., sect. 3 pénale, *ordinanza* n° 28346/16, cit.

⁹⁰ Cour const., *ordinanza* n° 24/2017, cit.

impossible. Elles excluent ainsi la possibilité d'une interprétation conforme, ainsi qu'un renvoi préjudiciel à la CJUE, afin de mieux éclairer l'interprétation de l'art. 325 TFUE.

La nature de la prescription - L'argument juridique utilisé tourne autour des différentes conceptions de la nature de la prescription de l'action publique dans les deux systèmes. Si pour la Cour de justice la prescription a une nature procédurale et ne bénéficie pas de la garantie de l'article 49 de la Charte de Nice, en Italie, en revanche, la prescription pénale a un caractère substantiel, en vertu d'une orientation « de droit vivant »⁹¹. La doctrine et la jurisprudence majoritaire considèrent en effet la prescription comme inhérente à l'incrimination de l'accusé⁹². En ce sens, l'écoulement du temps n'a pas pour seule conséquence l'extinction de l'action publique : il élimine complètement l'incrimination. C'est donc une cause de renonciation totale de l'Etat à l'exercice de son pouvoir de punition⁹³. Cet effet s'explique par l'intérêt général de ne plus poursuivre les délits pour lesquels l'écoulement du temps « a réduit l'alarme de la conscience commune » et par rapport à la difficulté survenue d'acquérir les preuves⁹⁴. En outre, la finalité de la peine, qui est celle de la rééducation du condamné⁹⁵, serait atteinte dans sa valeur téléologique si un écart trop important existait entre la punition et les faits incriminés. Par conséquent, la Cour constitutionnelle a systématiquement considéré que le principe de légalité en matière pénale, affirmé à l'article 25, 2^e al. de la Constitution italienne⁹⁶, interdit la rétroactivité *in peius* non seulement des normes relatives aux délits et aux peines, mais aussi des dispositions relatives à la procédure d'incrimination, dont celles relatives à la prescription⁹⁷.

Or, l'arrêt *Taricco* induit l'inapplication rétroactive, *in peius*, des normes sur l'interruption de la prescription⁹⁸, et entre ainsi en conflit direct avec le principe constitutionnel de légalité. C'est ce qui a motivé la Cour d'Appel de Milan à soulever une question préjudicielle de constitutionnalité pour violation de ce principe⁹⁹. La Cour de cassation, en juillet 2016, va plus loin. Dans une ordonnance très proche d'un texte de doctrine, en raison de la richesse et de l'exhaustivité de l'analyse juridique, la Cour suprême réfléchit à l'ensemble des menaces dérivant de l'application de l'arrêt européen et développe une théorie des « contre-limites » qui, bien que liée à une vision foncièrement dualiste, entend être un apport à la construction européenne.

⁹¹ Cour d'appel de Milan, *cit.*, §6, p. 14. Il s'agit d'une jurisprudence consolidée de la Cour de cassation (Cour cass., sect. 1, arrêt n°43853, 24 sept. 2013, Rv. 25844 ; sect. 6, arrêt n°10284, 22 janv. 2014, Rv. 259445) et de la Cour constitutionnelle (*infra*).

⁹² Cour d'appel Milan, *cit.*, pt. 6, p. 14 ; Cour Cass., sect. 3, *cit.*, pt. 4.2.3, p. 26. A noter que la position de la jurisprudence italienne n'est pas majoritaire en Europe. La plupart des ordres juridiques reconnaissent la nature processuelle et non pas substantielle de la prescription de l'action publique. C'est le cas, par exemple, de la France. En vertu de l'art. 112-2, 4^o du Code pénal, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines sont des lois de forme et, en tant que telles, sont applicables immédiatement. Ces lois peuvent donc concerner des infractions ou condamnations antérieures à leur entrée en vigueur, à la condition que les prescriptions ne soient pas déjà acquises. À la différence du système pénal italien, en France, le délinquant ne peut contester l'aggravation de sa situation par une loi nouvelle puisque en matière de prescription il n'a « qu'une simple expectative, non un droit acquis ». Le droit à la prescription ne peut être revendiqué tant que celle-ci n'est pas réalisée. V. : R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 380 ; M. Puech, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, p. 140.

⁹³ V. Cour Cass., Sect. I, arrêt n° 7442, 8 mai 1998.

⁹⁴ Cour const., arrêt n°202/1971 ; arrêt n°254/1985 ; ordonnance n° 337/1999.

⁹⁵ Affirmée à l'art. 27 C.

⁹⁶ « Nul ne peut être puni, si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant que le fait soit commis ».

⁹⁷ Cour const., arrêts n°455/1998 ; n°85/1998 ; n°393/2006 ; ordonnances n°317/2000, n°288/1999, n° 51/1999, n°219/1997, n° 294/1996, n° 137/1996.

⁹⁸ La CJUE, toutefois, ne spécifie pas si la rétroactivité touche aussi les cas de prescription déjà réalisée.

⁹⁹ Cour cass., *cit.*, pt. 6, p. 15.

Le choc des cultures juridiques - Pour la Cour de cassation, le sacrifice du principe de primauté du droit de l'Union est nécessaire puisque le conflit normatif ouvert par l'arrêt *Taricco* est exceptionnel. Il est issu, selon le juge, d'un choc culturel sans solution.

« *L'apogée de la jurisprudence-source du droit* » - L'arrêt bouleverse, en premier lieu, l'organisation italienne des sources du droit. La CJUE demande aux magistrats italiens d'écarter des dispositions pénales en vertu d'un arrêt qui est l'expression « d'un organe juridictionnel dépourvu de légitimation politique »¹⁰⁰. Il s'agit, pour la Cour de cassation, de l'« apogée de la jurisprudence-source du droit »¹⁰¹, qui est un concept propre d'un système de *common law*, mais étranger au *civil law*. En Italie, le principe de la réserve de loi impose la primauté des dispositions législatives sur toute autre source du droit en matière pénale et garantit ainsi que toute mesure restreignant la liberté individuelle soit adoptée par « l'institution qui constitue l'expression la plus accomplie de la représentation politique : c'est-à-dire le Parlement, élu au suffrage universel direct par tous les citoyens, dont les décisions sont prises à l'issue d'un processus impliquant une confrontation préalable avec toutes les forces politiques, y compris celles minoritaires »¹⁰². Erigée contre l'arbitraire du souverain et du juge, rempart de la démocratie parlementaire, la réserve de loi exclut tout droit de dérivation jurisprudentielle de son domaine. Certes, depuis les années quatre-vingt, il est admis en Italie que les décisions de la Cour de justice de l'UE « ont, à l'instar des normes communautaires directement applicables, une efficacité immédiate dans l'ordre interne »¹⁰³. Toutefois, la Cour de cassation refuse que la Cour de justice puisse « exprimer des choix de politique criminelle dans l'ordre national »¹⁰⁴. Admettre une telle possibilité signifierait permettre « la mutation génétique irréversible de la *réserve de loi* en *réserve de droit* »¹⁰⁵ et, par conséquent « la dissolution des garanties liées, historiquement et institutionnellement, au monopole législatif du droit pénal »¹⁰⁶. Le principe de primauté et l'effet direct des arrêts européens seraient donc fort limités en droit pénal italien, puisque, selon la Cassation, le principe constitutionnel de la réserve de la loi, en tant que principe suprême, ne saurait être dérogé.

L'extension du rôle du juge - La règle *Taricco* subvertit, en second lieu, le rôle du juge. La Cour de cassation considère que les expressions utilisées par la Cour de justice pour délimiter le domaine d'application de la règle *Taricco* sont très indéterminées et porte ainsi atteinte au principe de précision rédactionnelle de la loi pénale, corollaire du principe de légalité¹⁰⁷. Notamment, la référence aux « fraudes et autres activités illégales qui portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union »¹⁰⁸ est imprécise en ce que la Cour de justice ne

¹⁰⁰ Id., *cit.*, pt. 4.4.1., p. 36

¹⁰¹ Id., *cit.*, pt. 4.2.6., p. 32.

¹⁰² La Cour de cassation cite ici l'arrêt n°230/2012 (cons. 7) de la Cour constitutionnelle. Dans cette décision, les Sages affirment pour la première fois de façon aussi claire que l'extension du terme « *law* » au droit jurisprudentiel par le droit de la Convention EDH constitue une protection moindre par rapport à celle fournie par la Constitution italienne. Nous nous permettons de renvoyer à : N. Perlo, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique » ? », *RFDC*, n°95, juill. 2013, pp. 717-734.

¹⁰³ Cour Const., arrêts n° 389/1989; arrêt n°113/1985.

¹⁰⁴ Cour cass., *cit.*, pt. 4.4.1., p. 36.

¹⁰⁵ En italique dans l'arrêt.

¹⁰⁶ Pt. 4.4.1., p. 36.

¹⁰⁷ Corollaire de la sécurité juridique, le principe de précision garantit au citoyen de connaître exactement les interdictions et les sanctions associées, et, secondairement, de se défendre en cas d'accusation, en prévenant tout abus judiciaire. La Cour constitutionnelle considère que le principe de précision est protégé par l'art. 25, 2° al. C (arrêt n°96/1981).

¹⁰⁸ CJUE, aff. *Taricco*, *cit.*, pt. 47.

définit pas la notion de fraude et, en renvoyant à d'« autres activités illégales », ouvre de façon potentiellement illimitée le champ d'application de la règle¹⁰⁹. Quant à la notion de « fraude grave », le critère de gravité est des plus indéterminés en l'absence de paramètres normatifs univoques et directement applicables¹¹⁰. En outre, le fait de conditionner l'application de la règle au constat que cette fraude se vérifie « dans un nombre considérable de cas »¹¹¹, implique une appréciation de nature statistique qui ne relève pas de la compétence du juge. La connaissance des magistrats, dans le système processuel italien, est limitée aux faits de l'affaire qui lui sont soumis¹¹². L'imprécision concerne enfin la norme-paramètre européenne : l'article 325 TFUE est défini par la Cour italienne comme une « norme programmatique », c'est-à-dire une disposition qui pose un principe et non pas une règle et qui n'est donc pas susceptible d'une application « automatique »¹¹³. Le caractère indéterminé de la règle *Taricco* attribue ainsi au juge italien un pouvoir d'« évaluation »¹¹⁴ de la norme, en dehors de toute limite légale et de tout critère de référence. En ce sens, la règle *Taricco* n'est pas une « règle d'action » qui puisse orienter les libres choix du citoyen, mais un « concept souple, soumis au total arbitre (dans le sens épistémologique) du juge », qui est obligé d'en déterminer le contenu¹¹⁵. Il est alors attribué aux magistrats nationaux un rôle de création normative, qui entre directement en conflit avec le principe de la séparation des pouvoirs et de la soumission exclusive du juge à la loi (art. 101, 2^e al. C)¹¹⁶, ainsi qu'avec le principe d'égalité (art. 3 C). La Cour de cassation souligne expressément la distance culturelle, d'ordre ontologique, qui sépare le système italien du système européen. Cette imprécision « extrême », dit le juge, « est probablement plus adaptée aux différentes expériences de *common law*, qui constituent, souvent de façon significative, la matrice culturelle de la juridiction européenne »¹¹⁷.

La mise à mal d'un droit pénal humaniste - Pour la Cour suprême, le choc des cultures s'étend également à la conception de la finalité de la peine, et, plus largement, du droit pénal. La CJUE justifie la prorogation des délais de prescription par l'exigence de protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Or, cette fonction de la peine est foncièrement étrangère à celle, prévue par la Constitution italienne (art. 27, 3^e al. C), de la rééducation du condamné. Pour la Cour italienne, « la vision personnaliste sous-tendue par la fonction rééducatrice de la peine succombe à la vision patrimoniale et financière sous-tendue par la protection des intérêts financiers de l'Union »¹¹⁸. La différence culturelle est alors ici d'ordre axiologique et le constat de la Cour suprême nous renvoie aux accusations, désormais récurrentes, contre une Union européenne prête à sacrifier les droits civils et sociaux des individus au nom des impératifs économiques.

Du choc culturel à la contestation de la primauté - En somme, pour la Cour de cassation, l'incompatibilité insurmontable entre le système juridique italien et la règle *Taricco* est d'ordre culturel. Il ne s'agit pas, pour le juge, d'un conflit issu d'un arrêt européen rendu « à la va-vite », qui ignore, avec une certaine arrogance, les principes structurant le droit

¹⁰⁹ Cour cass., cit., pt. 4.5, p. 38.

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ CJUE, aff. *Taricco*, cit., pt. 47.

¹¹² Art. 187, Code proc. pén.

¹¹³ Cour cass., pt. 4.5, p. 39

¹¹⁴ Le juge de Cassation se livre, à ce sujet, à une réflexion très intéressante sur la distinction entre les concepts d'« interprétation », d'« appréciation discrétionnaire » et d'« évaluation ». Ord. cit., pp. 40-41.

¹¹⁵ Cour cass., cit., p. 41.

¹¹⁶ *Id.*, pt. 4.7, p. 42.

¹¹⁷ *Id.*, pt. 4.5, p. 40.

¹¹⁸ *Id.*, pt. 4.8, p. 43.

constitutionnel pénal italien¹¹⁹. La Cour de justice a tout simplement agit en fonction de la culture juridique qui la caractérise. Cette explication « culturelle » de l'arrêt *Taricco* creuse un fossé encore plus profond entre l'ordre italien et l'ordre européen. L'arrogance ou la superficialité d'un arrêt peut être surmontée par le dialogue entre les juridictions nationales et supranationales. En revanche, le constat d'une différence culturelle irréductible, puisqu'à la fois ontologique et axiologique, entre le système interne et l'ordre de l'Union fait obstacle à toute forme de conciliation. S'il y a choc, et non un dialogue, entre les cultures, la solution est l'érection d'un mur défensif. Ainsi, en constatant qu'il n'y a pas les présupposées pour donner une interprétation constitutionnellement conforme à l'obligation établie par la Cour de justice¹²⁰, la Cour d'appel de Milan et la Cour de cassation demandent à la Cour constitutionnelle de s'opposer à la primauté du droit de l'Union via la théorie des « contre-limites »¹²¹.

La théorie des contre-limites - Créée par la Cour constitutionnelle italienne, cette théorie fait partie des doctrines jurisprudentielles élaborées dans différents Etats membres pour contrer l'application du droit européen ou international par l'appel à l'identité constitutionnelle nationale¹²². En Italie, elle est plus précisément conçue pour empêcher les atteintes aux principes fondamentaux de la Constitution et aux droits inviolables, venant des normes des ordres juridiques supranationaux auxquels l'Italie a adhéré¹²³. Pour la Cour, existent des « principes suprêmes qui ne peuvent être ni subvertis ni modifiés dans leur contenu essentiel »¹²⁴. La Cour constitutionnelle est compétente pour veiller à ce qu'ils ne soient pas violés. Il s'agit, donc, d'un barrage juridique ultime érigé pour protéger les fondements de l'identité constitutionnelle¹²⁵ de l'Etat, une identité culturelle et juridique qui doit être préservée peine la dilution, voire la disparition de l'Etat-Nation même.

¹¹⁹ Une certaine doctrine explique ainsi l'arrêt *Taricco*. V. M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*, p. 15.

¹²⁰ Cour cass., *cit.*, pt. 4.2.5., p. 29 ; Cour d'appel de Milan, *cit.*, pt. 6, p. 15.

¹²¹ En vertu de la jurisprudence constitutionnelle, le juge national en cas de doute sur la compatibilité d'une norme européenne avec un droit fondamental doit saisir la CJUE d'une question préjudicielle. Une fois l'arrêt européen rendu, il doit évaluer si le conflit demeure et il pourra éventuellement saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle (Cour const., arrêt n°509/1995). En l'espèce, la Cour d'Appel et la Cour de cassation ont considéré la violation manifeste et exclu toute possibilité de conciliation. Pour cette raison, elles n'ont pas saisi le juge européen, mais directement le juge constitutionnel.

¹²² En France, *ex plurimis* CC, 27 juill. 2006, déc. n°2006-540 DC, v. A. Levade, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », *Mélanges P. Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 109 ; en Allemagne, BVerfGE, 22 oct. 1986, *cit.*, v. V. Constantinesco, *RTD eur.*, 1987, p. 537 ; en Pologne : Trib. Const., arrêt du 11 mai 2005, en République Tchèque Cour const., US 50/04, en Espagne : Trib. Const., déclaration du 13 déc. 2004 (DTC n°1/24) v. J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unis. L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, p. 15 ss. et *Id.* « Des rapports de systèmes européens », in B. Bonnet (dir. par), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 1115-1120.

¹²³ Cour const., arrêt n° 183/73, *Frontini et Pozzani*, *cit.*. Dans cet arrêt, tout en excluant le contrôle de constitutionnalité sur les actes communautaires dérivés, la Cour se considère toujours compétente pour garantir la compatibilité du Traité CE avec les principes fondamentaux de la Constitution et les droits inviolables des individus. A noter que la théorie des contre-limites concerne aussi les lois constitutionnelles et de révision.

¹²⁴ Cour const., arrêt n°1146/1988, § 2.1. Les principes à valeur supra-constitutionnelle sont ceux que la Constitution identifie comme des limitations absolues au pouvoir de révision constitutionnelle (la « forme républicaine » de l'Etat ex art. 139 C) ainsi que ceux qui implicitement participent de « l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles est fondée la Constitution italienne » (Cour const., arrêt n°1146/1988).

¹²⁵ « Les éléments identitaires essentiels de l'ordre constitutionnel », selon l'expression utilisée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n°238/2014, § 3.1.

La doctrine des contre-limites a déjà été appliquée à deux reprises par la Cour constitutionnelle italienne¹²⁶. Elle n'a toutefois jamais été utilisée à l'encontre du droit de l'Union¹²⁷. Cette hypothèse apparaissait du reste très lointaine, eu égard à l'adhésion de l'Union européenne aux principes fondamentaux de l'Etat de droit. Or, la Cour d'appel de Milan et la Cour de cassation font s'effondrer cette confortable présomption et demandent à la Cour constitutionnelle d'opposer une « contre-limite » aux limitations de souveraineté dérivant de l'adhésion de l'Italie à l'ordre de l'Union européenne (art. 11 C). Techniquement, la Cour constitutionnelle apprécie la conformité des normes du Traité FUE via la loi interne d'exécution de ce dernier¹²⁸. Ainsi, la question préjudicielle de constitutionnalité concerne l'article 2 de la loi n°130 du 2 août 2008 qui ratifie et donne exécution au Traité de Lisbonne, « dans la partie qu'impose d'appliquer l'art. 325 TFUE. De cet article, selon l'interprétation fournie par la Cour de justice dans l'arrêt *Taricco*, dérive (en effet) l'obligation pour le juge national d'écarter l'art. 160, dernier al., et l'art. 161, 2^e al. du code pénal, (...) et cela même si l'inapplication produirait des effets défavorables pour l'accusé »¹²⁹. L'article 2 de la loi de 2008, en tant que norme interne interposée, serait donc en conflit avec les articles 3, 11, 24¹³⁰, 25 2^e al., 27 3^e al., 101 2^e al. de la Constitution italienne.

L'actio finium regundorum - Si la question préjudicielle de constitutionnalité des deux Cours italiennes manifeste une certaine résistance à l'ordre européen, elle n'est toutefois l'expression ni d'une négation ni d'un rejet du processus d'intégration européenne. La Cour de cassation italienne l'exprime clairement : « L'opposition des contre-limites n'entend pas déclencher des guerres entre les Cours et les ordres juridiques. Il s'agit d'une *actio finium regundorum* physiologique entre l'ordre national et l'ordre supranational, dans le processus complexe et multifactoriel d'intégration européenne »¹³¹. Les contre-limites sont ainsi conçues comme un instrument qui rappelle à l'ordre supranational que les Etats adhérents ont « limité » et non pas « cédé » leur souveraineté. Dans le cadre de cette limitation, ils ont le droit de s'opposer à l'intégration de règles qui risqueraient de dénaturer les valeurs qui

¹²⁶La première fois, la doctrine a été appliquée pour s'opposer à des normes du Concordat avec l'Eglise catholique, portant atteinte au droit de tous à la protection juridictionnelle *ex* art. 24 C (Cour const., n°18/1982). La deuxième fois, la Cour constitutionnelle italienne, dans l'arrêt n° 238 du 22 octobre 2014 a écarté de l'ordonnancement, pour violation des articles 2 et 24 de la Constitution, une règle de droit international généralement reconnue, à savoir l'immunité de juridiction civile des Etats pour des actes *jure imperii* commis par des Etats étrangers en violation grave du droit international. Avec cette décision, elle a également annulé, les normes législatives obligeant à se conformer à l'arrêt de la Cour internationale de Justice qui affirmait cette immunité (c'est-à-dire, les règles générales d'exécution de la Charte des Nations Unies, dans la mesure où elles sont applicables à cet arrêt spécifique du juge international, ou les normes spéciales adoptées en 2013 pour l'exécution de cet arrêt). V. D. Tega, « De la souveraineté des Etats à celle des droits ? (à propos de l'arrêt n° 238 de 2014) », *La Lettre d'Italie*, n°6, mars 2015, pp. 3-5 ; C. Zanghi, « Une nouvelle limitation à l'immunité de juridiction des Etats dans l'arrêt n°238 de 2014 de la Cour constitutionnelle italienne », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015/1, p. 1-14.

¹²⁷Cette doctrine a toutefois déjà été invoquée par rapport au droit de l'Union, sans succès, en 1989 par un juge *a quo* via une question préjudicielle de constitutionnalité (Cour const., arrêt n°232/1989). En outre, dans l'arrêt n°238/2014 *cit.*, la Cour constitutionnelle rappelle son pouvoir d'opposer les contre-limites également à l'encontre des normes de l'Union européenne contraires aux principes suprêmes et aux droits inviolables des individus (§ 3.1).

¹²⁸Cour const., arrêts n° 183/1973 et 170/1984.

¹²⁹Cour cass., *cit.*, p. 53 ; Cour d'appel de Milan, *cit.*, p. 17.

¹³⁰La violation du principe de non-rétroactivité *in peius* entraîne, en effet, pour la Cour suprême l'atteinte à deux autres principes constitutionnels : le droit de la défense (art. 24 C), en ce que les accusés ne pourront plus choisir la stratégie processuelle plus favorable, pour laquelle ils auraient opté s'ils avaient été en connaissance de la règle *Taricco* dès le début de la mise en examen ; et le principe d'égalité (art. 3 C), puisque ceux qui se trouvent dans une situation analogue, mais qui ont encore le temps de choisir une stratégie processuelle adaptée, bénéficieront d'un traitement différencié. Cour cass., *cit.*, pt. 4.3, p. 31.

¹³¹Cour cass., *cit.*, p. 51.

inspirent les règles du vivre ensemble national. Cela n'empêche pas que le recours aux contre-limites soit une phase d'avancement positive du processus complexe de construction européenne. Un instrument servant à préciser les compétences, dans le cadre d'une organisation qui fait de la prise en compte des traditions juridiques des pays membres sa force et son identité¹³².

B. La collaboration juridictionnelle dans la perspective du pluralisme constitutionnel

À la suite des saisines de la Cour d'appel de Milan et de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle italienne décide de ne pas trancher dans l'immédiat, mais de poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne¹³³.

Le choix du renvoi préjudiciel - Le simple fait d'avoir choisi l'instrument du renvoi préjudiciel manifeste la volonté de la Cour italienne de collaborer avec le juge européen pour surmonter, ensemble, le conflit normatif provoqué par l'affaire *Taricco*. En effet, le juge constitutionnel aurait pu opter pour bien d'autres solutions. Il aurait pu trancher en faveur du conflit direct. Notamment, en allant dans le sens des juges *a quo* et d'une bonne partie de la doctrine¹³⁴, il aurait pu considérer que l'art. 325 TFUE, dans l'interprétation fournie par l'arrêt *Taricco*, porte atteinte à des principes suprêmes et ne peut donc pas être appliqué dans l'ordre juridique italien. Il aurait également pu choisir la voie allemande. Le *Bundesverfassungsgericht* dans l'arrêt du 15 décembre 2015¹³⁵ applique les contre-limites, mais il le fait « en douce ». Il fait primer l'identité constitutionnelle allemande sur l'arrêt *Melloni* de la CJUE¹³⁶, dont l'application en droit interne est rejetée, en passant par une interprétation conjointe du droit allemand et du droit de l'Union. Le juge constitutionnel montre une déférence apparente pour le droit de l'Union, tout en le neutralisant par une interprétation qui renverse, dans les faits, la lecture de la Cour de justice¹³⁷. Dans les deux cas, la résolution du conflit se fait en interne ; elle est trouvée en dehors de tout dialogue, de toute confrontation avec la Cour de justice¹³⁸.

¹³² Art. 4, 2° al. et 6, 3° al., TUE.

¹³³ Cour const., *ordinanza* n°24/2017 (audience le 23 nov. 2016, déposée le 26 janv. 2017), <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Il s'agit de la troisième question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle italienne à la CJUE. Les deux précédentes sont : l'ord. n°103/2008 qui pose une question dans le cadre d'un jugement par voie principale (issu d'un conflit entre l'Etat et la région Sardaigne) ; et l'ord. n°207/2013 qui soulève une question dans le cadre d'un contrôle incident de constitutionnalité. Sur les raisons de la réticence originaire de la Cour constitutionnelle italienne à recourir au renvoi préjudiciel v. G. Repetto, « Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court », *German Law Journal*, vol. 16, n°6, 2015, pp. 1449-1470.

¹³⁴ En ce sens, *ex plurimis* : M. Luciani, « Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale », *cit.*, p. 20 ; C. Cupelli, « Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale », *Rivista AIC*, n°3/2016, 18 juill. 2016, p. 23 ; V. Manes, « La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema : le ragioni dei controlimiti », *cit.* ; S. Bissaro, « I nodi della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco », *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 oct. 2016, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/bissaro.pdf> ; S. Catalano, « Il caso Taricco : una fuga in avanti », *cit.* ; C. Sotis, « Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco », *cit.*

¹³⁵ BvR 2735/14
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html ; déc. publiée le 26 janvier 2016 (Pressemitteilung Nr. 4/2016).

¹³⁶ CJUE, GC, 26 février 2013, *cit.*

¹³⁷ A. Gaillet, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen », *cit.*

¹³⁸ Les contre-limites ont été appliquées aussi par la Cour constitutionnelle de la République Tchèque en 2012. Ce précédent présente toutefois des caractéristiques très particulières, puisque l'enjeu du conflit était interne. La question qui a conduit à la « rébellion » des juges de Brno était issue d'un conflit institutionnel très dur entre la

Or, la Cour constitutionnelle italienne inaugure une nouvelle voie pour la résolution des conflits « existentiels », c'est-à-dire des conflits impliquant des principes nationaux supra-constitutionnels, qui ne cèdent pas face au droit de l'Union. La « voie italienne » est celle du dialogue¹³⁹. La Cour constitutionnelle, convaincue de l'inapplicabilité de la règle Taricco en droit interne¹⁴⁰, saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle, dans laquelle elle explique les termes du conflit et interroge le juge européen sur la possibilité de fournir une interprétation différente de l'art. 325 TFUE, compatible avec le principe de légalité en matière pénale¹⁴¹.

Le pluralisme constitutionnel - Le choix du dialogue est fondé sur une conception théorique précise, à la fois, de l'intégration européenne et du rôle que le juge constitutionnel joue dans la construction de cette intégration. La *Consulta* énonce clairement les termes du pacte européen : respect et assistance réciproque entre les Etats membres et l'Union ; union des parties dans le respect de la diversité de chacune ; pluralisme. En d'autres termes, la clé du succès de l'intégration européenne réside, pour la Cour, dans l'atteinte d'un équilibre, toujours renouvelé, entre la préservation de la diversité des Etats, gage de respect réciproque, et la défense de l'unité dans le but de construire « un futur de paix, fondé sur des valeurs communes »¹⁴². Pour la *Consulta*, l'unité dans un cadre pluraliste dépend de la capacité du système d'inclure « un taux de diversité *a minima* »¹⁴³. La diversité est en effet nécessaire pour assurer l'existence, à la fois, des Etats membres et de l'Union, étant donné que celle-ci trouve son origine dans les différents fondements constitutionnels des Etats.

La conception exprimée dans l'*ordinanza*, nous renvoie à la pensée de l'un des juges de la Cour constitutionnelle, Marta Cartabia¹⁴⁴, professeur de droit constitutionnel et auteure de nombreux livres et articles sur la question des rapports des systèmes¹⁴⁵. Récemment, elle s'est notamment exprimée en faveur du dépassement de l'ancienne dichotomie entre l'appréhension dualiste et moniste de l'intégration européenne, en se faisant promotrice d'une

Cour constitutionnelle, le Parlement, le Gouvernement et le juge administratif et elle concernait le cas très spécifique de la séparation pacifique entre les deux composantes d'un Etat unitaire. V. : J. Komarek, « Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution », *Eutopia Law*, 28 fév. 2012 ; L. Pitrova, « The Judgment of the Czech Constitutional Court in the "Slovak Pensions" Case and its possible Consequences », www.ilaw.cas.cz/tlq, 2013, n°2, 101.

¹³⁹ Parmi les différents auteurs qui sont intervenus sur l'affaire *Taricco*, seule une européeniste, Chiara Amalfitano avait préconisé cette solution, avant que l'ordonnance de la Cour ne soit rendue : *Id.*, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia ? », *cit.*

¹⁴⁰ « Si l'application de l'art. 325 TFUE comportait l'entrée dans l'ordre juridique d'une règle contraire au principe de légalité en matière pénale (...) cette Cour aurait le devoir de l'empêcher », (italique par l'Auteur), ord. n°24/2017, *cit.*, pt. 2, p. 4.

¹⁴¹ Cour const., ord. n°24/2017, pt. 3, p. 4. Face aux différents motifs d'inconstitutionnalité soulevés par la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle se concentre sur celui de la légalité pénale.

¹⁴² Pt. 6, p. 7.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ La juge Marta Cartabia n'est pas toutefois la rédactrice du renvoi préjudiciel, qui a été écrit par le juge Giorgio Lattanzi.

¹⁴⁵ *Ex plurimis* : M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995 ; *Id.* (dir. par), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007 ; *Id.*, « La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto », in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008 ; *Id.*, « Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously », *European Constitutional Law Review*, 2009, pp. 5-31 ; M. Cartabia et M. E. Gennusa, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2011 ; M. Cartabia, « A Pluralistic Europe of Rights », in *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 259-277 ; M. Cartabia, N. Lupo, et A. Simoncini (dir. par), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National Parliaments, Regions and Civil Society in the Decision-making Process*, Bologna, Il Mulino, 2013 ; M. Cartabia et A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press Inc., 2015

nouvelle approche, pluraliste et constitutionnelle¹⁴⁶. Cette approche garantirait que « l'harmonisation ne néglige pas la diversité, la standardisation ne méprise pas les disparités et, en général, elle n'ignore pas les particularismes »¹⁴⁷. En outre, le « pluralisme constitutionnel » semblerait bien correspondre à la conception que l'Union européenne a d'elle-même. « L'union dans la diversité » implique l'existence d'un fond commun de principes de droit auxquels s'ajoute la marge d'appréciation des Etats, nécessaire à ce que les cultures constitutionnelles nationales soient préservées¹⁴⁸. L'instrument par excellence du « *constitutional pluralism* » est, pour la juge Cartabia, la procédure du renvoi préjudiciel, en ce qu'il permet de créer des connexions multi-niveaux entre les juges¹⁴⁹. Les cours constitutionnelles ont non seulement un rôle à jouer dans ce cadre, mais elles deviennent également des acteurs incontournables dans la construction d'un nouveau droit constitutionnel, élaboré à partir des Constitutions nationales, des traités européens, des conventions¹⁵⁰. Les questions préjudicielles posées par les Cours constitutionnelles à la Cour de justice permettent, selon la juge Cartabia, de concrétiser un « espace d'interdépendance constitutionnel »¹⁵¹, dans lequel les raisons de l'unité se composent avec celles de la diversité, et les Juges de la loi deviennent des faiseurs du système européen.

Le renvoi préjudiciel de la Cour italienne du 26 janvier 2017 s'inscrit dans le cadre de cette vision globale de l'évolution de l'intégration européenne : une intégration réalisée dans le respect de la diversité, à travers la collaboration des juges nationaux et supranationaux, qui tend à la création d'une base constitutionnelle commune, construite à partir des traditions juridiques des Etats et du droit européen¹⁵².

La mise en valeur des traditions communes - Fidèle à cette approche, la Cour constitutionnelle italienne, dans l'ordonnance, quitte le seul espace particulier, national, pour embrasser en même temps l'espace commun, européen. La *Consulta* montre que la règle Taricco ne porte pas seulement atteinte à l'identité italienne, et donc à la souveraineté nationale, mais aussi à des principes partagés au sein des Etats membres et de l'ordre européen dans son ensemble¹⁵³. La terminologie change, par rapport, par exemple, à la question préjudicielle posée par le Tribunal allemand dans l'affaire *Gauweiler*¹⁵⁴. L'« identité constitutionnelle » cède le pas aux « traditions constitutionnelles communes des Etats

¹⁴⁶ Marta Cartabia parle de « constitutional pluralism approach » in Id., « Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling », *German Law Journal*, vol. 16, n°6, 2015, pp. 1791-1796.

¹⁴⁷ Idem, p. 1793 (traduit de l'anglais par l'auteur).

¹⁴⁸ Idem, p. 1794.

¹⁴⁹ Id., p. 1794.

¹⁵⁰ Id., p. 1791 et p. 1795.

¹⁵¹ Id., p. 1791.

¹⁵² La théorie du « constitutional pluralism » n'est pas nouvelle. Elle a été élaborée et défendue par différents auteurs à partir des années 1990, v. notamment N. MacCormick, « Beyond the sovereign state », *The Modern Law Review*, vol. 56, n°1, 1993, pp. 1-18; N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, vol. 65, n°3, 2002, pp. 317-359; M. P. Maduro, « Contrapuntal law: Europe's constitutional pluralism in action », in N. Walker, *Sovereignty in Transition*, Londres, Hart, 2003; I. Pernice, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited? », *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp. 703-750; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006; F.-X. Millet, *L'UE et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, Paris, LGDJ, 2013.

¹⁵³ En ce sens, M. Bassini, O. Pollicino, « The Taricco Decision : A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution », *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>

¹⁵⁴ CJUE, GC, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. contre Deutscher Bundestag*, C-62/14.

membres »¹⁵⁵. Ainsi, la question préjudicielle ne concerne plus exclusivement la compatibilité de l'art. 325 TFUE avec le principe constitutionnel italien de légalité en matière pénale, mais aussi sa conformité avec les principes analogues, contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union et dans les traditions constitutionnelles communes des Etats membres¹⁵⁶.

Pour une extension de l'art. 49 de la Charte - Très investie par son rôle de faiseur du système constitutionnel européen, la *Consulta* fait remarquer à la Cour de justice que, dans l'arrêt *Taricco*, elle n'a pas suffisamment exploré le contenu et la portée de l'article 49 de la Charte de Nice. Le juge européen s'est en effet limité à exclure l'incompatibilité du principe de non rétroactivité de la norme pénale *in peius* avec l'inapplication de la réglementation italienne sur l'interruption de la prescription, alors qu'il aurait dû également prendre en compte un autre corollaire du principe de légalité : le principe de précision rédactionnelle de la loi pénale.

C'est sur l'incompatibilité entre l'arrêt *Taricco* et ce principe que la Cour constitutionnelle fonde son ordonnance. Certes, il s'agit d'un choix stratégique puisque, étant donné que la Cour de justice ne s'est pas prononcée sur ce point, il y a là une marge de renégociation des termes de l'arrêt. Cependant, les enjeux sont aussi d'ordre substantiel. Il ne faut pas oublier que, dans l'*ordinanza* de saisine, la Cour de cassation considère que la violation de ce principe par l'arrêt *Taricco* révèle une distance culturelle, à la fois ontologique et axiologique, entre l'ordre italien et l'ordre européen. Pour la Cour suprême, l'application des contre-limites s'impose justement parce que cette distance ne peut pas être comblée¹⁵⁷.

Or, la Cour constitutionnelle italienne est convaincue de la violation par l'arrêt *Taricco* de ce principe¹⁵⁸. De même, elle est consciente que l'exigence de précision de la loi pénale est une caractéristique « constitutive des ordres constitutionnels des Etats membres de *civil law* »¹⁵⁹. Toutefois, guidée par sa volonté de collaboration, elle refuse l'argument de l'incompatibilité culturelle entre les ordres italien et européen. Le juge constitutionnel démontre que le principe de précision est une « exigence commune aux traditions constitutionnelles des Etats membres, présente aussi dans le système de protection de la CEDH et, en tant que telle, elle incarne un principe général de droit de l'Union (voir l'arrêt 12 décembre 1996, aff. C-74/95 e C-129/95) »¹⁶⁰. En effet, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, aucun des Etats membres ne confie « au juge le pouvoir de créer un régime pénal, en lieu et place de la loi approuvée par le Parlement » et, dans tous les cas, les Etats membres « répudient l'idée que les tribunaux pénaux soient chargés d'atteindre un but, bien que légalement prédéfini, sans que la loi n'en spécifie les moyens et les limites »¹⁶¹. La Cour

¹⁵⁵ La statistique des récurrences est très parlante. La Cour constitutionnelle fait référence aux « traditions constitutionnelles » à sept reprises. En revanche, elle ne se réfère que trois fois à la notion d'identité constitutionnelle ou nationale.

¹⁵⁶ Cour const., ord. *cit.*, pt. 3, p. 4.

¹⁵⁷ V. *supra*.

¹⁵⁸ La Cour indique la violation du principe de précision sous deux dimensions, celle de la prévisibilité et celle de la clarté de la règle *Taricco*. Quant au premier aspect, la Cour « est convaincue que l'accusé ne pouvait raisonnablement pas prévoir, avant l'arrêt *Taricco*, que l'art. 325 TFUE prescrivait au juge de ne pas appliquer les artt. 160 et 161 du Code pénal italien ». Concernant la clarté de la règle, le juge constitutionnel considère que le critère du « nombre considérable des cas de fraude » est excessivement vague et laisse un pouvoir discrétionnaire inacceptable au juge pénal. Pt. 5, p. 6.

¹⁵⁹ *Id.*, pt. 9, p. 11.

¹⁶⁰ *Id.*, pt. 9, pp. 10-11.

¹⁶¹ *Id.*, pt. 9, p. 11. L'exemple du droit pénal français est très parlant. Le principe de précision s'applique en effet aux règles de procédure, alors que le principe de non-rétroactivité de la norme pénale *in peius* ne s'y applique pas, étant donné que ses règles sont caractérisées par le principe de l'immédiateté. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *cit.*, pp. 1081-1089.

constitutionnelle considère ainsi que ce large consensus au sein des Etats membres prouve que l'art. 49 de la même Charte impose une égale exigence de précision, en vertu de l'art. 52, par. 3¹⁶² de la Charte de Nice¹⁶³. Or, cet article de la Charte se réfère à la Convention EDH et non pas aux traditions constitutionnelles des Pays membres. Il est cependant indiscutable que les jurisprudences consolidées de la Cour EDH¹⁶⁴ et de la Cour de justice¹⁶⁵ reconnaissent le principe de la sécurité juridique comme une garantie essentielle de l'Etat de droit.

Une fois réfutée la thèse de la distance culturelle entre les systèmes national et supranational sur ce point, le dialogue est possible. Ainsi, le juge constitutionnel demande à la Cour de justice de revenir sur l'interprétation de l'article 49 de la Charte. La *Consulta* explique aux collègues luxembourgeois que, même si l'on devait confirmer, à la fois, la nature processuelle de la prescription dans le droit de l'Union et l'application rétroactive de la règle Taricco, l'impossibilité absolue de concilier le caractère imprécis de la loi pénale avec l'Etat de droit persisterait. Cette incompatibilité de fond, si elle n'est pas résolue, conduirait certes, en l'espèce, à l'application des contre-limites par la Cour constitutionnelle italienne, mais, plus largement, elle porterait atteinte aux garanties des citoyens dans l'espace pénal européen. En tant que juge européen de droit commun, le juge constitutionnel se préoccupe des deux niveaux de violation et fonde sa position en droit, en mobilisant toutes les sources juridiques dont il dispose, nationales et supranationales.

Le respect de la primauté - Une fois établi un pont entre les cultures juridiques italienne et européenne, la Cour constitutionnelle estompe le risque d'un deuxième conflit, relatif cette fois à l'application du principe de primauté du droit de l'Union.

En faisant référence explicite à l'affaire *Melloni*¹⁶⁶, qui avait si rudement marqué le triomphe de la primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel espagnol, en dépit du statut plus protecteur de ce dernier, la Cour constitutionnelle italienne s'efforce de dissuader la CJUE de toute tentation analogique en l'espèce. Le principe de primauté, si cher à la Cour luxembourgeois, n'est pas en cause ici. La *Consulta* explique que l'impossibilité d'appliquer la règle Taricco en droit interne ne dépend pas de l'opposition d'une norme nationale aux règles de l'Union, mais « de la circonstance, extérieure à l'ordonnancement européen, que la prescription en Italie appartient au droit pénal substantiel et elle est donc soumise au principe de légalité en matière pénale »¹⁶⁷. Ce facteur extérieur n'est pas contraire au droit de l'Union. La qualification de la nature de la prescription relève en effet de la compétence des Etats membres, étant donné qu'il n'existe aucune exigence d'uniformité sur ce point dans l'espace juridique européen¹⁶⁸. De plus, dès lors que la qualification substantielle de la prescription assure en l'espèce un niveau de protection plus élevé que celui fourni par le droit européen¹⁶⁹, cette qualification est réputée directement protégée par le droit de l'Union, en vertu de l'article 53 de la Charte¹⁷⁰. Etant donné que la norme européenne n'est pas directement en

¹⁶² Dans l'ordonnance est indiqué le par. 4 de l'art. 52. Il s'agit certainement d'une coquille, étant donné que le par. 4 n'existe pas.

¹⁶³ *Id.*, pt. 9, p. 11.

¹⁶⁴ V. : CEDH, arrêt *Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979, req. n°6538/74 ; arrêt *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, req. n°17862/91.

¹⁶⁵ Parmi les décisions les plus récentes : CJUE, arrêt 18 nov. 2008, *Förster*, C-158/07 ; arrêt 10 sept. 2009, *Plantanol*, C-201/08.

¹⁶⁶ CJUE, GC, 26 février 2013, *cit.*

¹⁶⁷ Pt. 8, p. 10.

¹⁶⁸ La Cour constitutionnelle souligne bien que si la Cour de Justice souhaitait imposer, à l'inverse, sa vision sur la nature processuelle de la prescription, l'application des contre-limites serait inévitable. L'approche italienne est en effet plus protectrice des droits que celle européenne. Pt. 4, p. 4.

¹⁶⁹ Respectivement, les art. 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et l'art. 7 CEDH.

¹⁷⁰ Pt. 8, p. 9 et p. 10.

conflit avec la norme interne, l'application du principe de la norme la plus favorable ne sacrifie pas le principe de primauté du droit de l'Union¹⁷¹.

L'explicitation des compétences du juge de la loi et de la CJUE - Enfin, la Cour constitutionnelle, dans la dernière étape de son œuvre de médiation, se retourne vers les opérateurs juridiques italiens, et définit les termes de la collaboration entre les juges nationaux et supranationaux. Bien que cela puisse paraître étrange, il était fort nécessaire puisque certains auteurs de la doctrine italienne, cités d'ailleurs lors de l'audience devant la Cour par les avocats des parties¹⁷², avaient accusé la Cour de justice d'avoir adopté l'arrêt *Taricco* en ignorant sciemment la réalité du droit italien. Le sentiment d'orgueil national lésé, qui semblait avoir envahi la société juridique italienne depuis l'arrêt *Taricco*, exigeait donc une prise de position de la part de la *Consulta*¹⁷³. Pour qu'il y ait intégration européenne, il faut, en effet, que l'ensemble des opérateurs juridiques nationaux soit, si non entièrement persuadé, tout au moins non hostile à ce processus. Consciente de cet enjeu, la Cour constitutionnelle, dans son ordonnance, explique que la fonction de la Cour de justice se limite à l'interprétation du droit européen et à la définition de son champ d'application. Le juge européen ne saurait donc « être chargé ultérieurement de la tâche d'apprécier dans les détails si [le champ d'application du droit de l'Union] est compatible avec l'identité constitutionnelle de chaque Etat membre ». Par conséquent, « *il est raisonnable de s'attendre à ce que, dans les cas où l'appréciation n'est pas d'une évidence immédiate, le juge européen établisse la signification de la réglementation européenne et remette aux autorités nationales la vérification du respect des principes suprêmes de l'ordre national* »¹⁷⁴.

Certes, cela relève de l'évidence pour les européanistes : en vertu de l'article 267 TFUE, la CJUE détient le monopole d'interprétation du droit de l'Union ; en revanche elle est incompétente en matière de droit national. C'est bien le juge national qui, dans la question préjudicielle, doit définir « le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions »¹⁷⁵ et qui, par la suite, doit interpréter le droit interne à la lumière de l'interprétation du droit de l'Union donnée par la CJUE¹⁷⁶. En cas de problème d'application pour cause d'incompatibilité, comme cela s'est produit en l'espèce, le juge national peut reposer une question préjudicielle, afin d'alerter le juge européen¹⁷⁷.

Toutefois, les constitutionnalistes et les juges ordinaires italiens semblaient avoir besoin de ce rappel, permettant à la fois d'illustrer le processus et de relancer la collaboration entre les juridictions.

¹⁷¹ Dans l'affaire *Melloni*, la CJUE a exclu la possibilité pour les Etats d'ajouter d'autres conditions à l'exécution du mandat d'arrêt européen. La *Consulta*, en montrant la nécessité d'adhérer à l'esprit de cet arrêt, explique qu'une solution différente aurait conduit à la rupture de l'unité du droit de l'Union, dans une matière fondée sur la confiance réciproque et caractérisée par un système juridique uniforme. Pt. 8, p. 10.

¹⁷² Pendant l'audience du 23 novembre 2016, les avocats des parties, afin de soutenir les raisons de l'application des contre-limites, ont cité la doctrine, et notamment le professeur Massimo Luciani, président de l'Association italienne des constitutionnalistes, qui était d'ailleurs présent dans la salle. V. M. Luciani, « Il risveglio brusco », *cit.*

¹⁷³ La pensée de Massimo Luciani sur la théorie des contre-limites a fortement influencé l'ordonnance de la Cour de cassation du 8 juillet 2016. La Cour suprême reprend en effet presque mot à mot la réflexion du juriste sur la justification des contre-limites en tant que sauvegarde du principe de la souveraineté populaire. V. : M. Luciani, « Il brusco risveglio », *cit.*, pp. 6-8 et Cour cass., ord. *cit.*, pt. 4.1, p. 22. Il est à noter que l'osmose entre la doctrine et les juridictions est très importante en Italie.

¹⁷⁴ Pt. 6, p. 8 (l'italique est de l'auteur).

¹⁷⁵ CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, C-320/90, C-321/90 e C-322/90.

¹⁷⁶ Ce partage de compétences se retrouve tout particulièrement dans l'arrêt de la Cour de Justice du 22 juin 2010 *Melki et Abdeli*, C-188/10.

¹⁷⁷ L'art. 104, par. 2 du règlement de procédure de la Cour de Justice prévoit expressément qu'« Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier si elles s'estiment suffisamment éclairées par une décision préjudicielle, ou s'il leur apparaît nécessaire de saisir à nouveau la Cour ».

Des questions fermes - C'est alors à l'aune du cadre conceptuel de la collaboration qu'à notre avis il faut lire les questions posées *in fine* par la Cour constitutionnelle à la Cour de justice. Certains auteurs ont âprement critiqué cette ordonnance, qu'ils analysent comme un « ultimatum »¹⁷⁸ posé à la Cour de justice, en la mettant face à une alternative sans appel : soit revenir sur ses pas et accepter l'interprétation suggérée par la Cour constitutionnelle, soit « partir à la guerre », en confirmant le contenu de l'arrêt *Taricco*¹⁷⁹.

Sans doute les trois questions posées se caractérisent-elles par une très grande fermeté. Mais l'argumentation développée dans l'ordonnance ouvre la voie à plusieurs réponses possibles. En simplifiant, lesdites questions sont les suivantes : 1) l'art. 325, par. 1 e 2 TFUE doit être interprété dans le sens qu'il impose au juge pénal de ne pas appliquer la réglementation nationale sur la prescription même lorsque cette inapplication est dépourvue d'une base légale suffisamment déterminée ?; 2) l'art. 325, par. 1 e 2 TFUE doit être interprété dans le sens d'imposer au juge pénal de ne pas appliquer la réglementation nationale sur la prescription même lorsque dans l'Etat membre la prescription fait partie du droit pénal substantiel et est soumise au principe de légalité ?; 3) l'arrêt *Taricco* doit être interprétée dans le sens d'imposer au juge pénal de ne pas appliquer la réglementation nationale sur la prescription même lorsque cette inapplication rentre en conflit avec les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel de l'Etat membre ou avec les droits inaliénables de la personne reconnus par la Constitution de l'Etat membre ?¹⁸⁰

Ainsi formulées, les trois questions interrogent directement la Cour de justice sur sa conception de l'Etat de droit et de l'intégration européenne. La Cour européenne devra réfléchir au principe de précision de la loi pénale, à la possibilité d'admettre un niveau de protection plus élevée en matière de légalité pénale dans le domaine de la prescription italienne et, pour la première fois de son histoire, elle sera confrontée directement à la théorie toute nationale des contre-limites¹⁸¹.

Un conflit constructif - Or, même si ces trois interrogations sous-tendent un positionnement fort et arrêté de la Cour constitutionnelle, nous estimons qu'elles s'inscrivent bien dans le rôle propre au juge national en tant que juge européen de droit commun¹⁸². La fonction du renvoi préjudiciel est celle de tenter de réaliser des convergences, face à un conflit normatif, dans le respect réciproque des points de vue. Par conséquent, les dialogues inter-juridictionnels peuvent et doivent aussi être musclés pour être constructifs¹⁸³. Les tensions normatives et politiques déclenchées par l'arrêt *Taricco* ne devaient pas être cachées. Au

¹⁷⁸ A. Ruggeri, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti », *cit.*; M. Caianiello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario ? », *cit.*

¹⁷⁹ M. Caianiello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea », *cit.*, p. 22 ; Antonio Ruggeri considère même que la Cour constitutionnelle applique dans son *ordinanza* la loi du talion, pour se venger de l'arrêt *Taricco*. *Id.*, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco », *cit.*, p. 85.

¹⁸⁰ Cour const., ord. *cit.*, pp. 12-13.

¹⁸¹ Pour une réflexion sur le principe de primauté en droit UE v. : L. Azoulai et E. Dubout, « Repenser la primauté », in B. Bonnet (dir. par), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., pp. 577-583.

¹⁸² En ce sens aussi l'européaniste Chiara Amalfitano qui considère le choix de la Cour courageux « bien qu'il pose des questions nettes ». *Id.*, « La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia : qualche breve riflessione a caldo », *Eurojus*, <http://rivista.eurojus.it/la-vicenda-taricco-nuovamente-al-vaglio-della-corte-di-giustizia-qualche-breve-riflessione-a-caldo/>; G. Repetto, « Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco », *cit.* ; M. Bassini, O. Pollicino, « The Taricco Decision : A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution », *cit.*

¹⁸³ Sur l'apport bénéfique du conflit dans l'espace constitutionnel européen v. : G. Martinico, « The Polemical Spirit of European Constitutional Law : On the Importance of Conflicts in EU Law », *German Law Journal*, n°6, vol. 16, 2015, p. 1343-1374.

contraire, la Cour constitutionnelle a eu raison de les mettre sur la table et d'indiquer le point de rupture, au-delà duquel la conciliation ne pourra pas se réaliser. Le renvoi préjudiciel de la *Consulta* n'est pas un *ultimatum*, il ne participe pas à la tendance anti-européaniste ambiante¹⁸⁴. Au contraire, il s'agit à notre avis d'une sonnette d'alarme qui, en réaction aux forces centrifuges, est tirée à l'intention de la Cour de justice afin que celle-ci collabore avec les instances nationales dans deux directions : en réalisant une intégration européenne respectueuse de la diversité des traditions nationales ; en faisant évoluer l'intégration européenne dans le sens de la garantie maximale des droits et des libertés. En cela la question préjudicielle de la Cour constitutionnelle italienne de 2017 représente, en quelque sorte, une prolongation du conflit constructif débuté dans les années 1970 entre la Cour de justice et les instances nationales, tout particulièrement allemandes et italiennes, autour de l'exigence d'élever le niveau de protection des droits dans l'Union¹⁸⁵.

Conclusion

Il appartient à présent à la Cour de justice de « collaborer », en revenant sur un arrêt qui a si profondément chamboulé la société juridique italienne.

La procédure accélérée - Le juge européen a déjà manifesté sa compréhension de la gravité des enjeux sous-tendus par la question préjudicielle, en admettant l'affaire à la procédure accélérée ex art. 105, par. 1, du règlement de procédure de la Cour¹⁸⁶. Le Président a accueilli la demande de la Cour constitutionnelle en considérant qu'« une réponse rapide de la Cour de justice peut éliminer les graves incertitudes que le juge du renvoi exprime par rapport à l'interprétation et à l'application du droit de l'Union dans un nombre important de cas en matière de droit pénal »¹⁸⁷. En outre, en saisissant pleinement l'importance des questions posées par l'affaire pour le droit constitutionnel national et le droit européen, le juge de Luxembourg se réfère explicitement à la confrontation entre le droit de l'Union et la théorie italienne des contre-limites¹⁸⁸. Nous pouvons espérer que la Cour de Luxembourg ne laissera pas échapper l'opportunité de déterminer, à partir de la perspective du droit de l'Union, le fondement, la portée et les limites d'une théorie qui représente le conditionnement juridique le plus important au principe de primauté. En ce sens, la décision européenne s'annonce historique.

Les solutions possibles - Quant à la solution du conflit, quelles perspectives pouvons-nous entrevoir ?

¹⁸⁴ Michele Caianello et Antonio Ruggeri considèrent au contraire que l'ordonnance de la Cour constitutionnelle participe de cette tendance au repliement identitaire et au désaveu du projet européen. M. Caianello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea », *cit.*, p. 21-22 ; A. Ruggeri, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco », *cit.*, pp. 83-84.

¹⁸⁵ Sollicitée par les jurisprudences constitutionnelles des Etats à renforcer la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen (déc. *Solange I* de la 2^e chambre du 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271, RTDE, 1975, p. 316 ; Cour const. it., arrêt n°183/1973, *Frontini*, 27 déc. 1973), la Cour de justice des communautés européennes a inauguré une jurisprudence capable de répondre à ces exigences (v. CJCE, 12 nov. 1968, *Stauder*, aff. 29/69 ; CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73). Pour une réflexion sur la portée des droits fondamentaux dans le processus d'intégration européenne v. V. Champeil-Desplats, « Réflexions sur les portées respectives de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE », in B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. *cit.*, p. 1145-1156.

¹⁸⁶ CJUE, ordonnance du Président, 28 février 2017, C-42/17.

¹⁸⁷ Pt. 8.

¹⁸⁸ Pt. 7.

Nous estimons qu'en dépit de ceux qui considèrent que la Cour constitutionnelle n'a laissé aucune marge de manœuvre à la Cour de justice pour tenter une conciliation entre les exigences nationale et européenne¹⁸⁹, plusieurs options s'ouvrent au juge européen.

Il est possible que le juge de Luxembourg, en vertu du principe de collaboration, recherche une solution de compromis, capable, à l'instar de celle suggérée par la Cour constitutionnelle, de préserver, à la fois, l'identité nationale et le principe de primauté. Toutefois, le raisonnement suivi sera difficilement le même que celui de la Cour italienne, dès lors que la perspective de la Cour de justice est différente. Pour le juge de Luxembourg, en effet, ce sont les Etats membres qui doivent rendre leur réglementation compatible avec les obligations dérivant de la participation à l'Union européenne. En outre, l'interprétation de la Cour vaut pour l'ensemble des Etats membres. Elle ne peut donc adapter sa décision pour qu'elle soit compatible avec un droit national particulier¹⁹⁰.

La solution technique - Ainsi, une première option, suggérée d'ailleurs accessoirement par la Cour constitutionnelle¹⁹¹, consisterait à considérer dépassé le problème de l'inadéquation du système de répression des fraudes à la TVA, à la lumière des récentes modifications apportées à la réglementation pénale-fiscale italienne¹⁹². Cette solution, à caractère technique, permettrait d'éviter toute confrontation axiologique. Resterait cependant ouverte la question de l'applicabilité de la règle Taricco aux délits commis avant l'entrée en vigueur de la loi.

L'extension de l'art. 49 de la Charte - Diversement, la Cour de justice pourrait choisir une solution axiologiquement orientée, inspirée de l'idée de la protection maximale des droits. Il pourrait notamment étendre la portée de l'art. 49 de la Charte de Nice jusqu'à inclure, dans l'interdiction de rétroactivité, non seulement les éléments qui définissent les délits et les peines, mais aussi toutes les dispositions qui, en droit national, fondent ou excluent l'exercice du *jus puniendi*. En d'autres termes, le juge européen incorporerait les principes protégés par la contre-limite au sein du système juridique de l'Union, en tant que principes généraux de droit. Ainsi, d'une part, ces principes seraient valorisés en tant que facteurs d'intégration de l'ordre supranational dans ses rapports avec les Etats membres¹⁹³. D'autre part, les obstacles constitutionnels italiens deviendraient le moyen d'élever le niveau de protection des droits. Cela est consenti par l'art. 52, par. 3 de la Charte de l'Union et il a déjà été opéré par la jurisprudence européenne¹⁹⁴. Certes, il ne faut pas se leurrer car, suivant cette option, le revirement serait très net par rapport à la règle Taricco. Notamment, il serait difficile, voire impossible, d'admettre la primauté des intérêts financiers européens face à un principe de légalité si étendu¹⁹⁵.

¹⁸⁹ V. M. Caianiello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea », *cit.*; A. Ruggeri, « Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco », *cit.*

¹⁹⁰ V. en ce sens CJCE, 12 nov. 1969, Stauder, aff. 29/69 ; CJCE, 27 mars 1963, Da Costa, aff. 28-30/62 ; CJCE, 16 janv. 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, aff. 166/73.

¹⁹¹ Cour const., ord. n°24/2017, *cit.*, pt. 7.

¹⁹² L'art. 2, 36-vicies semel al., lett. l), du décret-loi n°138 du 13 agosto 2011, converti par l'art. 1, 1^{er} al., de la loi n°148 du 14 septembre 2011, prévoit l'augmentation d'un tiers des délais de prescription pour les délits punis par les artt. 2 à 10 du décret législatif n°74/2000. Michele Caianiello considère que la CJUE pourrait également prendre en compte la réforme du droit pénal fiscal de 2015 (décret législatif n°150/2015) qui accélère et simplifie les procédures instaurées pour les violations moins graves à la TVA. M. Caianiello, « Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea », *cit.*, p. 18.

¹⁹³ En ce sens : C. Amalfitano, « La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia », *cit.*, p. 4.

¹⁹⁴ CJUE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02; arrêt du 14 février 2008, *Dynamic Medien*, C- 244/06.

¹⁹⁵ M. Aranci, « Ritorno a Lussemburgo: la Corte di giustizia nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso Taricco », *Rivista Eurojus*, p. 9, <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/02/Ritorno-a-Lussemburgo---Aranci-REV.pdf>.

La mise en valeur des pt. 53 et 55 de l'arrêt Taricco - Ainsi, une autre option permettrait peut-être de mieux répondre aux exigences du juge national, tout en préservant en partie les principes exprimés dans l'arrêt *Taricco*. Dans sa décision, le juge européen avait prévu que « si la juridiction nationale devait décider de laisser inappliquées les dispositions nationales en cause, elle devra également veiller à ce que les droits fondamentaux des personnes concernées soient respectés »¹⁹⁶. Comme la Cour constitutionnelle l'a relevé¹⁹⁷, la Cour de Luxembourg avait donc déjà remis au juge national la tâche de vérifier le respect des droits lors de l'application de la règle *Taricco*. En vertu de l'architecture des contre-limites, cette vérification a bien été remise à la Cour constitutionnelle, laquelle a considéré que l'interprétation de l'art. 325 TFUE porte atteinte au principe constitutionnel de légalité. Or, si le juge de Kirchberg considère qu'en vertu des points 53 et 55 de l'arrêt *Taricco*, l'inapplication des dispositions pénales ne peut pas être effectuée lorsqu'elle porte atteinte aux droits fondamentaux, il confirmerait tout simplement l'indication déjà contenue dans sa décision de 2015.

Le recours à la procédure en manquement - Les deux dernières hypothèses, bien que différentes, atteignent un même résultat : elles affaiblissent à différents degrés la portée de l'art. 325 TFUE, puisque la protection des droits prime systématiquement sur les intérêts financiers de l'Union. Pour poursuivre en même temps cet intérêt, il serait alors possible de sanctionner l'Italie via la procédure en manquement¹⁹⁸. Ce mécanisme permettrait de solliciter l'intervention nécessaire du législateur en matière de prescription de l'action publique des délits de fraude fiscale, sans que la conception des sources du droit italienne n'ait à en souffrir¹⁹⁹.

La réaffirmation de la règle Taricco - En revanche, si la Cour de justice souhaitait préserver entièrement la portée de la règle *Taricco*, elle serait confrontée à un exercice argumentatif plus complexe. Le juge européen devrait s'efforcer de spécifier les conditions de la « gravité » et du « nombre considérable des cas de fraude » afin de se soustraire aux censures du juge de renvoi quant à la violation du principe de précision de la loi pénale. Concernant la « gravité », la Cour pourrait faire référence à l'art. 2 de la Convention PIF, qui fixe à cinquante mille euros le seuil au-delà duquel une fraude aux intérêts financiers de l'Union est considérée comme grave²⁰⁰. En revanche, l'identification d'un paramètre efficace pour établir le caractère « considérable » du nombre des cas de fraude demeure problématique. Si l'on employait une donnée statistique, surgiraient immédiatement de nombreuses interrogations sur le mérite, la provenance, les mécanismes de calcul, les domaines de références – pour n'en citer que quelques unes. En revanche, si l'on jugeait ce critère sur la base de l'affaire remise au juge du fond, là aussi les critiques seraient

¹⁹⁶ CJUE, arrêt *Taricco* cit., pt. 53. Au pt. 55, le juge européen précise en outre que « sous réserve de vérification par la juridiction nationale, l'inapplication des dispositions nationales en cause aurait uniquement pour effet de ne pas écarter le délai de prescription général dans le cadre d'une procédure pénale pendante (...) » (italique de l'Auteur).

¹⁹⁷ Cour const., ord. n°24/2017, cit., pt. 7, p. 8.

¹⁹⁸ Art. 258 TFUE.

¹⁹⁹ Cela a d'ailleurs été suggéré par la Cour de cassation dans son ordonnance du 8 juill. 2016 (Id., cit., p. 37). En doctrine v. : R. Mastroianni, « Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco », *Diritto Penale Contemporaneo*, octobre 2016, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/MASTROIANNI_2016a.pdf.

²⁰⁰ Cela a déjà été indiqué par la CJUE dans l'arrêt *Taricco* (pt. 6). La Cour de cassation italienne dans la question préjudicielle de constitutionnalité de juillet 2016 (cit.) conteste toutefois la précision du critère de la gravité comme il est défini dans la Convention PIF (pt. 3.2, p. 14).

nombreuses, puisque l'examen de l'espèce dépendrait de facteurs – le nombre d'accusés, les annualités de référence etc. – soumis à des oscillations importantes.

Enfin, si le juge européen empruntait cette voie, il devrait également décliner dans le temps les effets de sa décision. En effet, si la Cour affirmait que la règle Taricco ne vaut que pour les faits commis après la publication de l'arrêt, le risque de conflit avec les principes de non rétroactivité de la loi pénale *in peius* et de sécurité juridique serait évité. Toutefois, la jurisprudence consolidée de la Cour de justice a interdit qu'un arrêt en interprétation successif puisse limiter dans le temps les effets relatifs à un arrêt interprétatif précédent²⁰¹.

Par conséquent, si la Cour de justice optait pour la réaffirmation intégrale de la règle Taricco, elle devrait opérer des choix extrêmement précis par rapport aux deux présupposés de l'inapplication et, ensuite, accepter de revenir sur sa jurisprudence relative à la modulation des effets dans le temps de ses arrêts. Dans ce cas de figure, le juge européen s'exposerait enfin au risque que la Cour constitutionnelle n'accepte pas qu'une modification de la réglementation pénale interne soit de dérivation jurisprudentielle, et non pas législative. Elle pourrait alors décider d'appliquer les contre-limites.

La relance de l'intégration européenne - Indépendamment du choix opéré, nous espérons que la Cour de justice saisisse cette opportunité de dialogue pour aller dans le sens d'une politique jurisprudentielle capable d'entendre les raisons des interlocuteurs nationaux et apte à valoriser leurs apports dans la construction d'un système européen commun de protection des droits. Si les Etats membres ont la perception que l'appartenance à l'Union les oblige à renoncer à des droits conquis au prix fort dans leur histoire nationale, le projet européen est destiné à être mis à mal. Seule une vision circulaire, d'échange et d'interpénétration des valeurs et des principes des Etats membres et de l'Union peut réaliser l'intégration espérée²⁰². Dans cette perspective, les intérêts financiers de l'Union seront perçus aussi comme un intérêt des Etats et non pas comme un obstacle à la réalisation d'autres droits. Le balancement des intérêts, dans le grand système intégré de protection des droits en construction, est dans les mains des juges nationaux et supranationaux. Sur eux pèse la lourde tâche d'établir au cas par cas les priorités, en passant par un dialogue qui, seul, permet la compréhension réciproque et l'élaboration de solutions partagées²⁰³. La « voie italienne », inaugurée par l'ordonnance de la Cour constitutionnelle de 2017, est un pas décisif en ce sens.

²⁰¹ *Ex plurimis* : CJCE, arrêt 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88; arrêt 2 février 1988, *Blaizot*, C-24/86. En outre, la modulation des effets dans le temps est possible à la condition qu'il y ait le risque de graves répercussions économiques et qu'il y ait une incertitude objective sur l'interprétation à donner à la norme controversée avant le jugement de renvoi (CJUE, 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, pt. 53; 19 octobre 1995, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte Richardson*, C- 137/94, pt. 37). En faveur de la solution de la modulation des effets dans le temps de l'arrêt européen s'exprime C. Amalfitano, « Il ruolo dell'art. 325 TFUE », *cit.*, p. 13-15.

²⁰² V. en ce sens la réflexion de R. Mehdi et E. Brosset, « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? », in B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 669-682.

²⁰³ En ce sens v. : B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, p. 14 ; D. Simon, « Repenser le raisonnement interprétatif », in B. Bonnet, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, pp. 605-631.