

Tania Groppi
(Université de Sienne)

**Nouveaux défis pour l'Etat constitutionnel de droit en Europe:
quel rôle pour le « dialogue des juges » ?***

Au XXI siècle, la mondialisation de l'économie, les mouvements migratoires, le terrorisme international, la crise de l'environnement représentent des nouveaux défis pour l'Etat constitutionnel de droit. L'article s'interroge sur le caractère approprié de celui-ci, tel qu'on le connaît, spécialement en Europe, depuis la deuxième guerre mondiale, pour donner des réponses adéquates, en soulignant le rôle que, dans ce cadre, le « dialogue des juges » peut jouer.

Préambule

Le XXIème siècle a introduit des nouveaux défis pour l'Etat constitutionnel de droit qui découlent, plus ou moins directement, de la mondialisation.

Dans cet article, je désire réfléchir sur ces défis et sur le caractère approprié (ou non) de l'Etat constitutionnel de droit, tel qu'on le connaît, spécialement en Europe, depuis la deuxième guerre mondiale, pour donner des réponses adéquates. Notamment, je me détendrai sur le rôle des juges constitutionnels (y compris les cours suprêmes qui réalisent le contrôle de constitutionnalité des lois), sur leur légitimité et plus spécifiquement sur la possibilité que le phénomène connu sous le nom de « dialogue des juges » puisse les appuyer dans cette nouvelle, difficile tâche.

Le texte sera divisé en deux parties.

Dans la première partie j'examinerai, d'une façon très rapide, quelques défis et leur incidence sur l'Etat constitutionnel de droit (dont je fournirai une description synthétique), en soulignant les conséquences sur la justice constitutionnelle et sur sa relation avec la démocratie électorale, ce qui touche le sujet, très débattu, de la légitimité des juges constitutionnels.

Dans la deuxième partie, j'examinerai ce qu'on appelle souvent le « dialogue des juges », c'est-à-dire la circulation, implicite ou explicite, des jurisprudences. Cette notion, comme on verra, comprend soit la circulation « horizontale », entre les cours constitutionnelles, soit celle « verticale », entre les cours constitutionnelles et les cours internationales ou supranationales. Dans l'espace juridique européen, il faut alors considérer le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne et celui de la Cour européenne des droits de l'homme.

* Rapport présenté lors du colloque : « Les cours constitutionnelles sous pression. Crise financière, terrorisme, flux migratoires et autres défis pour la jurisprudence constitutionnelle », Budapest, Institute for Legal Studies, 29 octobre 2015.

Le but de cette deuxième partie sera de vérifier si ce dialogue joue déjà, ou s'il peut jouer, en perspective, un rôle dans la recherche des réponses adaptées aux nouveaux défis et s'il peut contribuer à renforcer la légitimité de la justice constitutionnelle.

I – L'Etat constitutionnel de droit face aux nouveaux défis

Lorsque l'on parle des nouveaux défis pour l'Etat constitutionnel de droit en Europe on pense d'avantage à la crise économique qui a touché, depuis 2008, les économies européennes, et surtout la « zone euro ».

Cependant, il faut aller au-delà de cette perspective, pour élargir la vision et encadrer cette crise dans un scénario global, qui se déroule autour de la « troisième révolution » (après celle agricole du néolithique et celle industrielle du XVIIIème siècle) : la révolution numérique et informatique, qui est à la base de la mondialisation.

Les nouvelles technologies, unies à la mobilité des personnes et des choses, déterminent la naissance, sur le plan factuel, d'un « village global », auquel les instruments juridiques de l'Etat-nation post-westphalien, et du droit international – dont les Etats-nation sont les protagonistes – ont du mal à s'adapter, pour donner des réponses juridiques appropriées. Ce n'est pas que l'élément « espace » qui est touché ; l'élément temporel a été, lui aussi, affecté, car aujourd'hui l'humanité a la possibilité de prendre des décisions qui peuvent bouleverser les générations futures d'une manière précédemment inconnue.

On peut rappeler au moins quatre domaines dans lesquels il y a eu des changements mémorables : la mondialisation de l'économie, dont la mondialisation des crises économiques, comme celle actuelle, font partie ; la circulation des personnes, dont les mouvements migratoires sont une manifestation très évidente ; le terrorisme international, qui profite des nouvelles technologies et du cyberspace ; la crise de l'environnement, c'est-à-dire l'impact croissant des activités humaines sur l'environnement et sur la nature humaine elle-même, tel que le témoignent les biotechnologies et la recherche sur le génome.

Pour ce qui nous intéresse dans cet article, on observe un impact de cette transformation historique sur l'Etat constitutionnel de droit, dans son ensemble : les cours constitutionnels, en effet, ne sont que l'un des acteurs sur la scène de l'Etat constitutionnel. Elles ne sont pourtant pas seules : pour comprendre leurs attitudes, il faut connaître le contexte institutionnel, politique, mais aussi économique et social dans lequel elles agissent.

Mais qu'est-ce qu'on entend pour « Etat constitutionnel de droit » ?

Je me réfère ici à la forme étatique établie après la deuxième guerre mondiale, premièrement en Europe, mais qui plus tard, par les différentes « vagues » de démocratisation, s'est diffusée dans le monde entier, avec des variations qui

n'empêchent tout de même pas de constater l'existence de similarités remarquables et, par conséquence, de parler d'un « modèle » (en tant que « type idéal »)¹.

En résumé, l'État constitutionnel se caractérise par : 1) un processus constituant démocratique, de nature conventionnelle, à travers lequel les diverses composantes de la société pluraliste s'accordent sur le fondement de leur vivre ensemble ; 2) la présence d'une constitution dans le sens de règle fondamentale, située à la base du système et garantie par sa rigidité (c'est-à-dire qu'elle est faite respecter par tous les pouvoirs de l'État, y compris le pouvoir législatif) ; 3) la protection constitutionnelle des droits et des libertés, y compris les droits économiques et sociaux, au nom du principe d'égalité substantielle ; 4) la protection constitutionnelle de la séparation des pouvoirs, en tant que séparation entre le circuit de la décision politique et le circuit des garanties (parmi lesquelles, la justice constitutionnelle) ; 5) la démocratie électorale, dans le sens de déroulement d'élections libres pour le choix des titulaires du pouvoir de décision politique ; 6) l'ouverture au droit international des droits humains, à travers des dispositions constitutionnelles qui attribuent une particulière force juridique aux traités internationaux ; 7) la décentralisation territoriale du pouvoir².

La grande question à se poser est si cette forme étatique, sur le plan institutionnel et des valeurs, est en mesure de donner des réponses aux nouveaux défis, qui impliquent souvent : la nécessité d'une réaction globale à des phénomènes globaux ; un rôle croissant de la technologie et de la science et, plus en général, des « savoirs » non juridiques ; la nécessaire coexistence entre sujets et groupes très variés, dans un cadre pluraliste dans lequel l'unité et l'accord sur les valeurs fondamentales n'est pas un « a priori » ; la nécessité de considérer les exigences de vie des générations futures, qui sont mises en danger.

Tout cela augmente la tension, toujours existante, entre démocratie électorale et démocratie constitutionnelle, c'est-à-dire, premièrement, la tension entre les décideurs politiques et les cours constitutionnelles.

Les décideurs politiques, en effet, rencontrent des difficultés évidentes, qui sont liées à la nécessité de donner des réponses qui puissent leur gagner le consensus électoral à bref-terme. Entre autres, et au niveau national, ils ont du mal soit à donner des réponses coordonnées, qui prennent en considération adéquate les instruments internationaux (comme dans le domaine de l'immigration) sans se limiter à n'être que des exécuteurs passifs de la conditionnalité supranationale, soit à prendre en considération les savoirs techniques ou scientifiques et, encore plus, à adopter des décisions qui considèrent un horizon temporel intergénérationnel. Ils répondent aux électeurs du moment présent et, lorsqu'ils ne sont pas contraints par des autorités externes, comme dans le contexte de l'Union Européenne,

¹ On se réfère au concept tel qu'il a été élaboré par la doctrine italienne et allemande: v. surtout P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, Treccani, 2005.

² T. Groppi, *La Constitution tunisienne de 2014 dans le cadre du 'constitutionalisme globale'*, in *Constitutions*, janvier-mars 2016, p. 7 ss.

spécialement de la « zone euro », ils suivent plutôt les « émotions » de l'opinion publique.

Tout cela détermine une tendance à transférer aux juges les décisions les plus difficiles, ce qui a engendré une « juridictionnalisation » de la démocratie constitutionnelle : on a ainsi parlé de « *juristocracy* » pour décrire ce « pouvoir des juges ».

Cette tendance n'est pas tout à fait nouvelle : elle avait déjà commencé avant les derniers développements et certains la considèrent implicite dans la structure même de l'Etat constitutionnel de droit : mais c'est plus récemment qu'elle s'est accentuée dans le contexte de la mondialisation. Par conséquent, des nouveaux poids ont été chargés sur les épaules non seulement des cours nationales, mais aussi de celles internationales. A la lumière de ce nouveau cadre, il faudra surtout réfléchir sur les instruments dont disposent les cours pour faire face aux nouveaux défis, afin de vérifier s'ils sont adaptés, ou s'il faut en introduire des nouveaux, pour éviter que les cours collapsent sous ce lourd fardeau.

II – Le « dialogue des juges » : une réponse aux nouveaux défis ?

Quelques mots sur le « dialogue des juges »

Le prétendu « dialogue des juges » a-t-il un rôle à jouer parmi les instruments qui peuvent renforcer les cours constitutionnelles face aux nouveaux défis ? A ce sujet est dédiée la deuxième partie de cet article.

Sans revenir ici en profondeur sur le « dialogue des juges », auquel dans ces dernières années des nombreuses études ont été consacrées, on peut dire que le recours, dans la motivation des décisions des cours constitutionnelles, aux précédents d'autres juridictions peut être soit optionnel, soit obligatoire.

Le recours optionnel concerne les décisions d'autres cours constitutionnelles nationales, c'est-à-dire des cours « étrangères », et il est souvent appelé « dialogue horizontal ».

Au contraire, le recours obligatoire concerne les décisions des cours supranationales ou internationales, qui sont contraignantes pour les juridictions nationales des Etats-membres et il est appelé « dialogue vertical ».

Le dialogue vertical est normalement explicite, c'est-à-dire qu'il se déroule par des références explicites aux décisions des cours supranationales.

Le dialogue horizontal, par contre, peut être explicite, si les juges considèrent que la citation de la jurisprudence étrangère peut renforcer leur légitimité, ou implicite, si, au contraire, ils ne la considèrent pas utile pour cette finalité.

Les recherches empiriques ont montré que, à cet égard, il existe deux catégories de pays : ceux dans lesquels les précédents étrangers sont explicitement utilisés et ceux

dans lesquels, en revanche, des telles utilisations sont presque nulles ou, du moins, très rares et où il n'y a que des références implicites³.

Malgré l'importance que le débat sur ce sujet a atteinte, force est de reconnaître que les systèmes judiciaires dans lesquels la réception explicite des précédents étrangers est courante ne sont pas nombreux et qu'ils sont limités au domaine de la *common law* (il s'agit par exemple d'Israël, du Canada, de l'Australie, de l'Afrique du Sud, de la Namibie, de Hong Kong, de l'Inde, de la Nouvelle-Zélande et de l'Irlande). En revanche, les pays de *civil law*, dont la plupart des pays européens, peuvent être classés dans la catégorie du "*doing it but not admitting*"⁴, c'est-à-dire dans la catégorie des références tacites et souvent cachées, sauf en ce qui concerne de rares et sporadiques exceptions, qui ne constituent pas un ensemble homogène et susceptible d'analyse et qui peuvent être qualifiées de « bricolage »⁵.

II.1. Le manque d'intensification du « dialogue horizontal » dans la « jurisprudence de la crise »

Si on revient, en tenant compte de ces considérations, à la « jurisprudence de la crise », dans l'espace juridique européen, il faut admettre que le dialogue horizontal explicite n'est pas utilisé par les cours constitutionnelles plus fréquemment que dans des circonstances ordinaires.

On pourrait imaginer que les considérations qui ont été faites, dans le scénario mondial, à l'égard de l'existence d'une « alliance » entre juges autour de « sujets difficiles », qui trouve expression dans les citations réciproques et qui sert pour balancer un pouvoir politique de plus en plus déterritorialisé⁶, puissent être utilisées aussi dans le cadre des « nouveaux défis ».

Par exemple, on a parlé, en regardant la jurisprudence sur les mesures anti-terrorisme, d'une « *judicial coalition of the willing* », en tant que d'une réaction coordonnée de la part d'un groupe de cours nationales aux politiques coordonnées d'antiterrorisme des leurs gouvernements nationaux (« *a coordinated response on the part of a group of National courts to the coordinated counterterrorism policies of their National governments* »)⁷.

³ T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publisher, 2013.

⁴ Voir B. Marquesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, en *Tulane Law Review* (2005), n. 80, p. 11; B. Marquesinis, J. Fedtke (eds.), *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009.

⁵ V. Ferreres Comella, *Comparative Modesty*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 526.

⁶ Voir E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy : The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241 ss. qui faisait référence à la lutte au terrorisme, à l'environnement et au droit d'asile..

⁷ Voir E. Benvenisti, '*United We Stand*': *National Courts Reviewing Counterterrorism Measures*, in A. Bianchi, A. Keller (eds.), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 255.

Ce n'est pas le cas. Mon impression, supportée par une recherche empirique qui n'est pas extensive, mais quand-même satisfaisante⁸, est que presque rien n'a changé dans le style de la motivation des cours constitutionnelles, à l'égard de l'argument de droit comparé, notamment en ce qui concerne le recours explicite aux précédents étrangers. Les nouveaux défis et l'exigence de plus en plus pressante, de renforcer la légitimité des cours, n'ont pas déterminé un recours plus fréquent aux précédents étrangers.

En dépit du fait que les problèmes à résoudre soient similaires, et bien que les cours montrent, d'une façon implicite, de connaître très bien la jurisprudence étrangère, elles n'y font pas plus des références explicites que d'ordinaire.

Cette attitude est évidente même dans la jurisprudence sur les mesures anti-crisis adoptées dans la majorité des pays européens, comme conséquence des politiques européennes d'austérité, qui, dans quelques pays, ont déterminé même des révisions constitutionnelles pour introduire le principe de l'équilibre budgétaire dans la constitution.

Les cours constitutionnelles lettone, italienne, espagnole, portugaise, roumaine, les juges grecs, irlandais ont eu à contrôler la constitutionnalité de ces mesures, surtout à l'égard des conséquences sur les droits économiques et sociaux : ils ont donné des réponses différenciées, mais qui cherchent, en général, à balancer les exigences budgétaires avec une garantie du contenu essentiel des droits constitutionnels⁹.

On ne peut ne pas remarquer que, malgré les similarités du contexte constitutionnel, à l'égard des deux volets du problème (la protection constitutionnelle des droits sociaux d'un côté, les contraintes budgétaires de dérivation européenne de l'autre), ces cours et ces juges ne se citent jamais, ni d'une façon adhésive, ni pour faire ressortir leurs différences.

La seule exception est la Cour constitutionnelle roumaine : une Cour qui, dans sa jurisprudence, n'a fait référence qu'en 14 décisions sur à peu-près 13.000 aux précédents étrangers (selon une recherche de 2012). Bien, 4 de ces 14 décisions concernent la législation anti-crise et dans celles-ci la Cour fait référence aux arrêts des cours constitutionnelles des pays de l'Europe Centre-oriental des années '90. Seulement dans une décision (arrêt n° 1533/2011) elle fait référence à la décision allemande du 7 septembre 2011 sur les mesures de soutien à la Grèce. Par conséquent, même si cette référence démontre une ouverture face à l'argument comparatif qui n'est pas commune dans la jurisprudence roumaine, il ne s'agit pas

⁸ Voir T. Groppi, 'Business as usual'. *Le dialogue judiciaire sur les affaires antiterroristes après le 11 septembre 2001*, in J. Iliopoulos-Strangas, O. Diggelman, H. Bauer (eds.), *Etat de droit, Sécurité et Liberté en Europe*, Athènes, Editions Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant et Baden-Baden, NOMOS Verlagsgesellschaft, 2010, p. 325.

⁹ Voir D. Roman, *La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe: vers une jurisprudence de crise?*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 1 octobre 2014, p. 63.

d'une stratégie finalisée à une réponse coordonnée selon la logique du dialogue horizontal¹⁰.

On peut dire que l'exigence de faire face aux nouveaux défis n'a pas changé la pratique des cours constitutionnelles à l'égard des techniques de motivation, pour ce qui est du recours à la jurisprudence étrangère. La tradition continentale semble être beaucoup plus forte que les nouvelles exigences de légitimité.

II.2. Le « dialogue vertical » : quel rôle pour les cours européennes ?

Le discours devient plus compliqué pour ce qui est du prétendu « dialogue vertical ».

A cet égard, le mot « dialogue » résulte encore plus inapproprié, car en effet il s'agit souvent d'interactions obligatoires entre cours constitutionnelles et cours supranationales. En plus, ici, la communication est unidirectionnelle, car les cours nationales sont obligées de prendre en considération, et souvent de donner exécution, à la jurisprudence des cours européennes, sans que le contraire soit vrai aussi : alors, il manque la parité qui est nécessaire dans un dialogue. Encore, alors que le renvoi préjudiciel représente un instrument à disposition des juges nationaux, qu'ils peuvent utiliser pour soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne (d'ici en avant, CJUE) le point de vue du droit constitutionnel national, un instrument pareil n'existe pas dans le système de la Convention européenne, et ce jusqu'à ce que le Protocole XVI n'entre pas en vigueur. Par conséquent, le recours individuel à la Cour européenne des droits de l'homme (d'ici en avant Cour EDH) se configure d'avantage comme la recherche d'une garantie que le niveau national (y comprises les juridictions constitutionnelles) ne réussit pas à assurer, plutôt que comme un possible outil de « dialogue ».

Ici, l'impression, qui doit, elle aussi, être supportée par une recherche empirique plus complète, est que les cours européennes soient un peu plus audacieuses par rapport aux cours nationales dans le contrôle des mesures limitatives des droits et libertés « négatifs » que les situations de crise impliquent. Au point que, en quelques circonstances, le contraste à l'immigration clandestine en particulier, elles arrivent à jouer un rôle de suppléance.

Les raisons qui justifient cette attitude sont multiples.

Dans quelques contextes nationaux, il y a des difficultés structurelles de la justice constitutionnelle, qui découlent de l'étroitesse des voies de recours (c'est le cas de l'Italie) ou bien de la faiblesse du système national de justice constitutionnelle (c'est le cas de la Grèce et, pour des raisons différentes, de la Hongrie d'aujourd'hui).

¹⁰ Voir E. Tanasescu, S. Deaconu, *Romania: Analogical Reasoning as a Dialectical Instrument*, in T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., p. 321.

Toutefois, la raison la plus évidente est que les cours internationales sont mieux placées pour prendre des décisions qui, souvent, vont contre de la volonté soit du gouvernement, soit de la majorité de l'opinion publique nationale.

Par contre, cette évaluation doit être nuancée pour ce qui est de la garantie des libertés « positives », c'est-à-dire des droits sociaux : sur ce terrain, l'attitude des cours supranationales ne semble pas plus audacieuse de celle des cours nationales et, en général, elles se montrent aussi respectueuses du rôle du législateur.

II.2.1 Terrorisme, immigration et droit d'asile

Les politiques nationales sur l'immigration, le droit d'asile, la lutte au terrorisme – qui touchent les droits des minorités désavantagées, comme les immigrants irréguliers, les demandeurs d'asile ou les résidents de religion islamique – représentent le terrain privilégié pour la « suppléance » des cours supranationales, face aux défaillances des systèmes nationaux de garantie.

Dans ces domaines, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une riche jurisprudence, qui est arrivée à réduire remarquablement le marge d'appréciation des Etats, même lorsqu'ils invoquent des dérogations fondées sur l'article 15 de la Convention (d'ici en avant, CEDH). Plus récemment, la Cour de Justice aussi a été saisie par ce type de question, autant plus que le Traité de Lisbonne a éliminé les obstacles à son intervention dans la matière et elle aussi a fait preuve d'une attitude attentive à la garantie des droits des étrangers.

II.2.1.1 Cour EDH

a. Terrorisme

La jurisprudence sur les mesures antiterrorisme est très riche. La Cour est arrivée jusqu'à contrôler la proportionnalité des mesures dérogatoires prévues dans l'article 15. Dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*¹¹, elle estime que l'exécutif et le parlement britannique, en utilisant une loi relevant du droit des étrangers pour traiter un problème d'ordre essentiellement sécuritaire, avaient apporté une réponse inadaptée à la menace d'attentats terroristes (post-11 septembre), et avaient exposé un groupe particulier de terroristes présumés au risque disproportionné et discriminatoire d'une détention à durée indéterminée. En effet, la menace émanait aussi bien des ressortissants britanniques que des étrangers et les effets potentiellement néfastes d'une détention sans inculpation pouvaient affecter de manière sensiblement identique un citoyen britannique et un étranger. La décision de la Cour abouti à la violation de l'article 5, par. 1, car les mesures dérogatoires étaient disproportionnées en ce qu'elles opéraient une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques.

¹¹ Cour EDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009.

Une ligne jurisprudentielle bien établie concerne les articles 2 et 3 de la Convention, qui selon la Cour EDH interdisent de manière absolue le renvoi d'une personne qui serait exposée dans l'État de destination à un risque réel de traitement contraire à l'une ou à l'autre de ces dispositions¹².

Cette jurisprudence est confirmée dans des affaires de terrorisme : par exemple, dans l'affaire *Saadi c. Italie*¹³, où le requérant, poursuivi en Italie pour participation au terrorisme international, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion vers la Tunisie, la Cour EDH a réaffirmé le caractère absolu de l'interdiction de la torture en vertu de l'article 3. Elle a conclu que l'intéressé courrait un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 s'il était renvoyé en Tunisie. Elle a rappelé que les agissements du requérant et la gravité des faits qui lui étaient reprochés étaient dépourvus de pertinence au sens de l'article 3.

Dans l'affaire *Aswat c. Royaume-Uni*¹⁴, la Cour a estimé que l'extradition vers les États-Unis du requérant, un individu soupçonné de terrorisme souffrant de graves troubles mentaux, comporterait la violation de l'article 3, compte tenu des conditions de détention auxquelles il serait soumis dans le pays d'accueil. La Cour EDH a relevé que les troubles mentaux dont souffrait le requérant étaient suffisamment graves pour avoir justifié son transfert d'une prison ordinaire à un établissement psychiatrique de haute sécurité, et que les pièces médicales indiquaient clairement que son maintien en internement était justifié « dans l'intérêt de sa santé et de sa sécurité ». Dès lors, la Cour EDH a conclu, à la lumière des preuves médicales actuelles, qu'il y avait un risque réel que l'extradition du requérant dans un autre pays et dans un milieu carcéral différent, potentiellement plus hostile, conduise à une détérioration notable de son état de santé mentale et physique et qu'une telle détérioration atteigne le seuil de gravité de l'article 3.

Au contraire, on peut citer l'affaire *Babar Ahmed et autres c. Royaume-Uni*¹⁵, qui concernait des personnes soupçonnées d'actes terroristes et menacées d'extradition vers les États-Unis. La Cour EDH a estimé qu'il n'y a pas violation de l'article 3 qui découle des conditions de détention auxquelles les intéressés seraient soumis dans un établissement de sécurité maximale, ni de la durée des peines qu'ils encouraient.

Encore, la Cour a eu à juger sur les opérations de « remises » secrètes, qui ont été déclarées contraires à l'article 3 et à d'autres provisions de la Convention¹⁶. A cet égard il faut rappeler l'arrêt *Nasr et Ghali c. Italie*¹⁷, concernant l'enlèvement par des agents de la CIA, avec la collaboration de ressortissants italiens, de l'imam

¹² Voir Cour EDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996.

¹³ Cour EDH, *Saadi c. Italie*, 28 février 2008.

¹⁴ Cour EDH, *Aswat c. Royaume-Uni*, 16 avril 2013.

¹⁵ Cour EDH, *Babar Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, 10 avril 2012.

¹⁶ Voir Cour EDH, *El-Masri c. «L'ex-République yougoslave de Macédoine»*, 13 décembre 2012 et *Al Nashiri c. Pologne et Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, 24 juillet 2014.

¹⁷ Cour EDH, *Nasr et Ghali c. Italie*, 23 février 2016. Voir aussi l'arrêt n° 24/2014 de la Cour constitutionnelle italienne.

égyptien Abou Omar, ainsi que son transfert en Égypte puis sa détention au secret pendant plusieurs mois. Dans ce cas la Cour EDH a jugé que le principe du « secret d'Etat » avait de toute évidence été appliqué par le pouvoir exécutif italien (et justifié par la Cour constitutionnelle italienne) afin d'empêcher que les responsables de l'affaire répondent de leurs actes : l'enquête et le procès n'avaient pu déboucher sur la punition des responsables si bien qu'en fin de compte, il y avait eu impunité.

La Cour EDH a aussi examiné les conséquences des mesures antiterrorisme sur d'autres droits, comme lorsque elle a jugé contraire à la CEDH l'interdiction de voyager imposée en raison du fait que la personne concernée figurait sur une liste de soupçonnés de terrorisme gérée par l'ONU ou sur une liste conçue pour prévenir les violations de la législation interne ou étrangère sur l'immigration. Dans l'affaire *Nada c. Suisse*¹⁸, les autorités suisses, appliquant les mesures de lutte contre le terrorisme du Conseil de Sécurité des Nations Unies, avaient inscrit un ressortissant italo-égyptien résidant à Campione d'Italia (enclave italienne en Suisse) sur la liste annexée à l'« Ordonnance fédérale sur les Talibans ». Puisqu'il figurait sur cette liste, le requérant ne pouvait pas quitter Campione d'Italia, et toutes ses tentatives de faire radier son nom de la liste avaient été rejetées. La Cour EDH a relevé que les autorités suisses disposaient d'une certaine latitude dans la mise en œuvre des résolutions des Nations Unies relatives à la lutte contre le terrorisme. Elle a jugé que la Suisse avait violé les droits du requérant garantis par l'article 8 de la CEDH en omettant, d'une part, d'avertir rapidement l'Italie ou le Comité des Sanctions des Nations Unies qu'il n'existait pas de soupçons raisonnables à l'encontre du requérant et, d'autre part, en n'adaptant pas les effets du régime des sanctions à la situation particulière de l'intéressé. Elle a également conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 8 car le requérant n'avait pas disposé de moyens effectifs pour obtenir la radiation de son nom de la liste.

Encore, dans l'affaire *Szabó et Vissy c. Hongrie*¹⁹, la Cour a jugé que la surveillance secrète prévue par la législation antiterrorisme hongroise (qui prévoit la possibilité de perquisitionner et de placer des domiciles sous surveillance secrète, de vérifier le courrier et les paquets, d'intercepter les communications électroniques et les transmissions de données informatiques et d'enregistrer toutes les données acquises par ces méthodes, pour la prévention, la recherche et la répression d'actes terroristes en Hongrie) constitue une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice, par les requérants, de leur droit au respect de leur vie privée, de leur domicile et de leur correspondance. Ces mesures, selon cette législation, peuvent être autorisées à l'égard non seulement de personnes identifiées mais également à l'égard de « séries de personnes », notion trop large qui pourrait ouvrir la voie à une surveillance illimitée d'un grand nombre de citoyens.

La jurisprudence de la Cour sur la dissolution des partis politiques, en relation à l'article 11, touche aussi le sujet du terrorisme. Par exemple, dans *l'Affaire Parti*

¹⁸ Cour EDH, *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012.

¹⁹ Cour EDH, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, 12 janvier 2016.

*communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*²⁰, la Cour a conclu à la violation de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) de la Convention. Elle a estimé que la dissolution n'avait pas été « nécessaire, dans une société démocratique », observant en particulier que rien n'indiquait que le TBKP avait une part de responsabilité dans les problèmes que posait le terrorisme en Turquie²¹.

b. Immigration

Pour ce qui est de l'immigration irrégulière, dans le système de la CEDH, les États ont le droit, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sous réserve de leurs obligations conventionnelles (dont celles découlant de la CEDH), de contrôler l'entrée, le séjour et l'expulsion des non-nationaux. La jurisprudence de la Cour EDH impose seulement certaines limites au droit des pays de refuser des personnes à la frontière, lorsque par exemple, ce refus équivaut à un refoulement. Dans certains cas, la jurisprudence impose même aux États d'autoriser la personne à entrer sur leur territoire si cette entrée est la condition préalable à l'exercice de certains droits protégés par la Convention, en particulier le droit au respect de la vie familiale.

Parmi les décisions de condamne les plus rigoureuses, on peut rappeler l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*²². Les requérants faisaient partie d'un groupe d'environ 200 migrants, parmi lesquels figuraient des demandeurs d'asile, qui avaient été interceptés par les garde-côtes italiens en haute mer alors qu'ils se trouvaient dans la zone de recherche et de sauvetage de Malte. Les migrants avaient été renvoyés sommairement en Libye en vertu d'un accord conclu entre l'Italie et la Libye, sans avoir eu l'occasion de déposer une demande d'asile. Leurs noms et leurs nationalités n'avaient pas été consignés. La Cour EDH a observé que la situation prévalant en Libye était bien connue et qu'elle était facile à vérifier à partir de différentes sources d'information. Elle a donc conclu, en premier lieu, que les autorités italiennes savaient, ou auraient dû savoir, que les requérants, renvoyés en Libye en tant que migrants irréguliers, seraient exposés à des traitements contraires aux dispositions de la CEDH et ne bénéficieraient d'aucune forme de protection sur place et, en deuxième lieu, qu'il n'existait pas de garanties suffisantes pour les protéger du risque d'être renvoyés arbitrairement vers leurs pays d'origine respectifs, parmi lesquels la Somalie et l'Érythrée. Elle a ajouté que les autorités italiennes auraient dû tenir particulièrement compte de l'absence de procédure d'asile dans le pays de retour et de l'impossibilité d'obliger les autorités de ce pays à reconnaître le statut de réfugié.

²⁰ Cour EDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998.

²¹ Voir aussi Cour EDH, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne, Etxebarria et autres c. Espagne et Herritarren Zerrenda c. Espagne*, 30 juin 2009.

²² Cour EDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012.

Dans la bien connue affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*²³, la Cour EDH a conclu à une violation de l'article 3 de la CEDH concernant non seulement les conditions de détention du requérant, mais aussi, en général, ses conditions de vie (d'accueil) en Grèce. Le requérant était un demandeur d'asile afghan. Les autorités grecques avaient connaissance de son identité et de sa situation de potentiel demandeur d'asile depuis son arrivée à Athènes. Il avait été immédiatement mis en détention sans aucune information sur les motifs sous-jacents cette décision. La Cour a relevé dans divers rapports d'organes internationaux et d'organisations non gouvernementales que la mise en détention systématique des demandeurs d'asile était une pratique généralisée des autorités grecques. Les allégations du requérant, relatives aux brutalités et aux insultes qu'il disait avoir subies de la part des policiers, étaient confortées par les nombreux témoignages recueillis par des organisations internationales. La Cour EDH a relevé que les constats dressés par celles-ci confirmaient également les allégations du requérant selon lesquelles les conditions sanitaires étaient déplorable et le centre de rétention situé près de l'aéroport international d'Athènes était surpeuplé. Selon la Cour, même si le requérant avait été placé en rétention pendant une durée relativement courte, les conditions de rétention au sein du centre étaient inacceptables. Elle a estimé que le requérant avait dû éprouver des sentiments d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse, et donc une profonde atteinte à sa dignité, indubitablement provoquée par des conditions de rétention équivalentes à un traitement dégradant. De surcroît, la détresse du requérant avait, d'après la Cour, été accentuée par la vulnérabilité de sa condition de demandeur d'asile. La Cour a donc conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la CEDH.

Dans la même ligne se situe l'arrêt *Khlaifia et autres c. Italie*²⁴. L'affaire concerne la rétention, dans un centre d'accueil de Lampedusa puis sur des navires amarrés dans le port de Palerme, ainsi que le rapatriement en Tunisie, de migrants irréguliers débarqués sur les côtes italiennes en 2011 dans le cadre des événements liés au « printemps arabe ». La Cour dit que la détention des requérants était irrégulière. Dénuée de base légale, les raisons leur sont restées inconnues et ils n'ont pas pu la contester. Concernant leurs conditions de détention dans le centre d'accueil, la Cour prend en compte la crise humanitaire exceptionnelle à laquelle l'Italie a été confrontée sur l'île de Lampedusa en 2011 suite au printemps arabe (55.298 migrants y avaient débarqué au moment où les requérants s'y trouvaient). La Cour conclut toutefois que les conditions de détention des requérants ont porté atteinte à leur dignité. Elle considère en outre que les requérants ont fait l'objet d'une expulsion collective, leurs décrets de refoulement ne faisant pas référence à leur situation personnelle – la Cour dit notamment que la réalisation d'une procédure d'identification ne suffit pas à exclure l'existence d'une expulsion collective. La Cour relève d'ailleurs qu'à cette époque, un grand nombre de tunisiens a été expulsé par le biais de telles procédures simplifiées. La Cour estime enfin que les requérants

²³ Cour EDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011.

²⁴ Cour EDH, *Khlaifia et autres c. Italie*, 1 septembre 2015.

n'ont pas disposé de recours effectif pour s'en plaindre puisque l'article 13 exige, pour qu'un recours soit jugé effectif lorsqu'il s'agit d'une expulsion collective, qu'il soit suspensif de plein droit - à savoir ici qu'il suspende la mesure d'éloignement vers la Tunisie, ce qui n'a pas été le cas²⁵.

c. Droit d'asile

La CEDH ne garantit pas de droit d'asile tel que prévu dans la Convention de Genève de 1951 et dans le système de l'Union européenne, y compris dans l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux. Par ailleurs, la Cour EDH ne peut pas examiner la question de savoir si le refus ou le retrait du statut de réfugié au titre de la Convention de Genève de 1951 ou la non-reconnaissance du droit d'asile au titre de la directive « qualification »²⁶, sont contraires à la CEDH. Elle peut néanmoins examiner le point de savoir si l'éloignement d'un ressortissant étranger lui ferait courir un risque réel de traitement contraire à l'article 3, ce qui a fait l'objet des nombreux arrêts.

Par exemple, dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, déjà citée, la Cour EDH a conclu à la violation par la Grèce et par la Belgique de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3 en raison de l'atteinte portée au droit du requérant à un recours effectif. Elle a jugé que, étant donné que la Grèce n'appliquait pas la législation en matière d'asile et que l'accès à la procédure d'asile et aux recours y était entravé par l'existence de défaillances structurelles majeures, il n'existait pas de garantie effective protégeant le requérant contre un éloignement arbitraire de ce pays vers l'Afghanistan, où il risquait de subir des mauvais traitements. Quant à la Belgique, la Cour a jugé que la procédure de recours contre le transfert « Dublin » vers la Grèce menée dans ce pays n'avait pas répondu aux exigences de sa jurisprudence en ce qu'il n'avait pas été procédé à un examen attentif et rigoureux des griefs du requérant alors que l'expulsion de l'intéressé vers un autre pays risquait de l'exposer à des traitements prohibés par l'article 3.

Dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, comme on l'a déjà dit, un navire italien avait intercepté en mer des demandeurs d'asile potentiels. Les autorités italiennes les avaient laissé croire qu'elles les emmèneraient en Italie et ne les avaient pas informés des procédures à suivre pour ne pas être reconduits en Libye. Les requérants n'avaient donc pas pu soumettre à une autorité compétente leurs griefs tirés des articles 3 de la CEDH et 4 du Protocole n° 4 ni obtenir un examen attentif et rigoureux de leurs demandes avant l'exécution de la mesure d'éloignement. La Cour a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3 et de l'article 4 du Protocole n° 4. Elle a rappelé que le fait que les requérants n'aient pas demandé l'asile ni décrit les risques qu'ils encouraient en raison de l'absence de système d'asile en Libye n'exemptait pas l'Italie du devoir de respecter ses

²⁵ Cour EDH, *Khlaifia et autres c. Italie*, cit., par. 128.

²⁶ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, modifiée successivement.

obligations découlant de l'article 3 de la CEDH, et que les autorités italiennes auraient dû vérifier comment les autorités libyennes honoraient leurs obligations internationales relatives à la protection des réfugiés. Elle a conclu que le transfert des requérants vers la Libye violait l'article 3 de la CEDH parce qu'il exposait les requérants au risque de refoulement.

II.2.1.2 CJUE

La CJUE aussi a montré une attitude très attentive à la garantie des droits dans les affaires dont elle a été saisie, qui sont beaucoup moins nombreuses que celles dont a été saisie la Cour EDH, notamment pour l'absence d'un recours individuel direct. D'ailleurs, elle a fait référence, dans plusieurs décisions, aux arrêts de la Cour de Strasbourg, à mesure qu'on peut parler d'une véritable construction d'un système « multilevel » de protection.

a. *Terrorisme*

Sur le terrorisme, l'affaire la plus connue reste *Kadi*²⁷. Faisant suite à diverses résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, tous les États membres de l'ONU ont été appelés à geler les fonds et autres actifs financiers contrôlés directement ou indirectement par des personnes ou entités désignées par le comité des sanctions du Conseil de sécurité comme étant associées à Oussama ben Laden, à Al-Qaida ou aux Talibans. Afin de mettre en œuvre ces résolutions, le Conseil a adopté une position commune dans le cadre de la PESC concernant des mesures restrictives envers des personnes concernées et ensuite, sur la base des articles 60, 301 et 308 CE, le règlement 881/2002 qui prévoit, *inter alia*, le gel des fonds et des autres avoirs économiques de ces personnes et entités, qui sont d'ailleurs reprises sur une liste annexée au règlement et régulièrement mise à jour sur base des résolutions ONU successives.

M. Kadi résident saoudien, et Al Barakaat International Foundation, établie en Suède - dont les noms figuraient dans la liste en annexe de ce règlement - ont introduit des recours, qui avaient été rejetés par le Tribunal de première instance. La CJUE, au contraire, les considère admissibles, car le contrôle complet par le juge communautaire de la validité de tout acte soumis à sa juridiction au regard des droits fondamentaux est l'expression d'une garantie constitutionnelle découlant du Traité CE. En examinant le moyen concernant le respect des droits de la défense, la Cour rappelle que l'efficacité du contrôle juridictionnel implique que l'autorité communautaire soit tenue de communiquer à la personne concernée les motifs sur lesquels la mesure lui faisant grief est fondée afin de lui permettre éventuellement d'exercer son droit de recours. La Cour reconnaît que l'efficacité des mesures de

²⁷ CJUE, 3 septembre 2008, C-402/05P et C-415/05P, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*.

gel de fonds requiert que celles-ci bénéficient d'un effet de surprise et s'appliquent avec effet immédiat. De ce fait, même si les autorités communautaires n'étaient pas tenues de procéder à une communication des motifs ou à une audition des personnes concernées préalablement à l'inclusion de leurs noms dans la liste, ces autorités auraient néanmoins dû procéder de la sorte dans un délai raisonnable après l'édiction de ces mesures. Comme cela n'a pas été le cas, les droits de défense des requérants, notamment leur droit d'être entendus, n'ont pas été respectés. Cette violation entraîne aussi une violation du droit à un recours juridictionnel, dans la mesure où les requérants n'ont pas non plus pu défendre leurs droits dans des conditions satisfaisantes devant le juge communautaire. S'agissant du moyen concernant la restriction du droit de propriété, si d'une part la Cour admet qu'en principe une telle restriction pourrait être justifiée dans le cas de la lutte contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme, d'autre part elle relève que le règlement attaqué a été adopté sans fournir aucune garantie permettant à M. Kadi d'exposer sa cause aux autorités compétentes, alors que, compte tenu de la portée générale et de la persistance effective des mesures de gel à son égard, une telle garantie est nécessaire pour assurer le respect du droit de propriété. Eu égard à ces violations, la Cour est amenée à annuler le règlement 881/2002.

b. Immigration

La CJUE a été saisie de plusieurs affaires concernant l'emprisonnement de ressortissants de pays tiers dans le cadre d'une procédure de retour en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier²⁸.

Par exemple, dans l'affaire *El Dridi*²⁹, la CJUE était appelée à vérifier si les articles 15 et 16 de la directive « retour » étaient compatibles avec la détention pénale d'un ressortissant d'un pays tiers au cours de la procédure de retour, pour le seul motif que celui-ci demeurait sur le territoire d'un Etat en violation d'un ordre de l'autorité administrative qui imposait de quitter ledit territoire dans un délai déterminé. La CJUE devait apprécier si la détention aurait pu être considérée comme une mesure nécessaire pour exécuter la décision de retour au sens de l'article 8, paragraphe 1 de la directive ou, au contraire, comme une mesure compromettant l'exécution de cette décision. Compte tenu des éléments de l'affaire, la CJUE a estimé que la détention n'était pas compatible avec le champ d'application de la directive – à savoir la mise en place d'une politique de retour efficace dans le respect des droits fondamentaux – et ne contribuait pas à l'éloignement du ressortissant du pays tiers hors de l'Etat membre de l'UE concerné. Elle a déclaré que si l'obligation de retour

²⁸ CJUE, 6 décembre 2012, C-430/11, *Sagor* et CJUE, ordonnance 21 mars 2013, C-522/11, *Procura della Repubblica c. Abdoul Khadre Mbaye* (concernant une peine d'amende); CJUE, 19 septembre 2013, C-297/12, *Procédures pénales c. Gjoko Filev et Adnan Osmani* (concernant une détention fondée sur la violation d'une interdiction d'entrée préexistante).

²⁹ CJUE, 28 avril 2011, C-61/11, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*.

n'avait pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, les États membres de l'UE devaient veiller à exécuter la décision de retour de manière progressive et proportionnée, en ayant recours aux mesures les moins coercitives possible et dans le respect des droits fondamentaux.

Dans l'affaire *Achughbabian*³⁰, la CJUE a examiné si les principes établis dans l'affaire *El Dridi* s'appliquaient également à la peine d'emprisonnement infligée à un ressortissant d'un pays tiers en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre de l'UE. La Cour a précisé que la directive « retour » ne s'opposait ni à ce que le droit d'un État membre érige le séjour irrégulier en infraction et prévoie des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales, ni à une mise en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour du ressortissant d'un pays tiers. Elle a ensuite déclaré que, lorsque la détention était imposée avant ou pendant la procédure de retour, cette situation était couverte par la directive et devait, par conséquent, servir à préparer et à réaliser l'éloignement de l'intéressé. La CJUE a estimé que la directive « retour » n'avait en l'espèce pas été respectée, étant donné que la détention ne visait pas à préparer ni à réaliser l'éloignement de l'intéressé. Selon la CJUE, cette mesure était susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes et de retarder le retour, portant ainsi atteinte à l'effet utile de ladite directive. Néanmoins, la CJUE n'a pas exclu la possibilité pour les États membres d'imposer une détention à la fin de la procédure de retour lorsque les mesures coercitives prévues par l'article 8 n'avaient pas permis de parvenir à l'éloignement du ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier.

Encore, on peut citer la jurisprudence de la CJUE selon laquelle les États membres de l'UE ne peuvent imposer des redevances excessives et disproportionnées pour l'octroi de permis de séjour à des ressortissants de pays tiers qui soient des résidents de longue durée ni aux membres de leur famille. De telles redevances compromettraient la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive, en la rendant inefficace. Par exemple, dans l'affaire *Commission c. Pays-Bas*, la CJUE a jugé que les Pays-Bas (et plus récemment l'Italie)³¹ avaient manqué à l'obligation que leur imposait la directive relative aux résidents de longue durée, dans la mesure où ils imposaient des redevances excessives et disproportionnées (allant de 188 EUR à 830 EUR) : i) aux ressortissants de pays tiers demandant le statut de résident de longue durée, ii) aux ressortissants de pays tiers ayant obtenu le statut de résident de longue durée dans un autre État membre de l'Union européenne et souhaitant exercer leur droit de séjour et iii) aux membres de la famille des ressortissants de pays tiers demandant un regroupement. Plus précisément, la Cour a souligné que les États membres ne disposaient pas d'une marge d'appréciation illimitée pour imposer des redevances aux ressortissants de pays tiers lors de la délivrance d'un

³⁰ CJUE, 6 décembre 2011, C-329/11, *Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*.

³¹ CJUE, 26 avril 2012, C-508/10, *Commission européenne c. Royaume des Pays-Bas*; dans le même sens, CJCE, 2 septembre 2015, C-309/14, *CGIL et INCA c. Gouvernement italien*.

permis de séjour, et qu'ils n'étaient pas autorisés à fixer des tarifs susceptibles de constituer un obstacle à l'exercice des droits consacrés dans la directive relative aux résidents de longue durée.

c. Droit d'asile

La CJUE est aussi intervenue sur le système européen de droit d'asile, en affirmant que les États doivent s'assurer que les personnes ne soient pas renvoyées dans des États membres de l'UE dont les régimes d'accueil et d'asile présentent des défaillances systémiques. Dans certains cas où il y aurait de graves violations de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les États peuvent ainsi avoir à examiner des demandes même lorsqu'elles ne relèvent pas de leur responsabilité en vertu du règlement de Dublin. Dans les affaires jointes *N.S. et M.E.*³², la CJUE a examiné la question de savoir si le transfert des requérants vers la Grèce en vertu du règlement de Dublin aurait constitué une violation de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui correspond à l'article 3 de la CEDH. Au moment où la CJUE a examiné ces affaires, la Cour EDH avait déjà conclu que les conditions d'accueil et les autres conditions d'existence des demandeurs d'asile en Grèce étaient contraires à l'article 3 de la CEDH. La CJUE a estimé que les États membres ne pouvaient pas « ignorer » que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil en Grèce constituaient un risque réel pour les demandeurs d'asile d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. Soulignant que le règlement de Dublin devait être mis en œuvre conformément aux droits reconnus par la Charte, elle a conclu qu'en l'absence d'autres États membres responsables, le Royaume-Uni et l'Irlande étaient tenus d'examiner les demandes d'asile en cause, bien que les requérants les aient présentées en Grèce. Plus précisément, la CJUE s'est prononcée à titre préjudiciel sur la question concernant la possibilité que, dans certaines circonstances, un État puisse être tenu d'examiner une demande en vertu de la clause de souveraineté de l'article 3, paragraphe 2, du règlement Dublin II même si, selon les critères Dublin, la responsabilité en incombe à un autre État membre de l'Union. Elle a précisé que les États membres de l'UE doivent agir conformément aux droits fondamentaux et aux principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'UE lorsqu'ils exercent leur pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 3, paragraphe 2 et que, par conséquent, ils ne peuvent pas transférer un demandeur d'asile vers l'État membre responsable au sens du règlement lorsque les éléments de preuve révèlent l'existence, quant aux conditions d'accueil et à la procédure d'asile, de défaillances systémiques que l'État membre ne peut ignorer et qui pourraient constituer une violation de l'article 4 de la Charte (interdiction de la torture). Cela oblige également l'État membre à examiner différents critères du règlement pour déterminer si un autre État membre est responsable de l'examen de la demande d'asile. S'il n'est pas possible de trouver un autre État membre ou si la durée de la procédure qui permettrait de le faire n'est

³² CJUE, 21 décembre 2011, C-411/10 et C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner & Minister for Justice, Equality and Law Reform*.

pas raisonnable, l'État membre doit examiner lui-même la demande conformément à l'article 3, paragraphe 2.

II.2.2 Crise économique et garantie des droits sociaux

Ces considérations doivent être nuancées pour ce qui est des réponses à la crise économique et financière et de la garantie des droits sociaux. Ici, en effet, les cours européennes rencontrent pas mal de limitations : d'un côté, pour ce qui est de la Cour EDH, la Convention européenne ne garantit pas les droits économiques et sociaux ; de l'autre, pour ce qui concerne la Cour de justice, il y a un problème d'accès, dû à l'absence de recours individuel direct.

On peut cependant citer pas mal d'affaires dans lesquelles les cours européennes ont assuré un niveau de garantie plus haut que celui national : l'opinion de la doctrine à cet égard est divisée et il y a aussi des auteurs qui, au contraire, ont soutenu l'incapacité des cours européennes à garantir, dans le contexte de la crise, les droits sociaux, en appliquant les différentes chartes européennes et ils ont parlé de « solitude des cours constitutionnelles »³³.

Au contraire, il me semble qu'il n'y a pas mal d'indications qui montrent que les cours européennes (y compris, ce qui peut être surprenant, la Cour de Justice) sont moins sensibles aux exigences budgétaires de l'Etat par rapport aux cours nationales. On a aussi remarqué qu'elles ont eu la possibilité de décider plusieurs affaires sur les droits économiques et sociaux, qui n'ont jamais été adressées par les cours constitutionnelles nationales : la jurisprudence constitutionnelle nationale sur la crise économique est surtout une jurisprudence sur les coupures aux salaires et aux pensions, plutôt que sur les conséquences de la réduction des dépenses publiques sur les droits sociaux³⁴.

II.2.2.1 Cour EDH

Dans les années les plus récentes, la Cour EDH a utilisé plusieurs provisions de la Convention pour protéger les droits économiques et sociaux³⁵, en vertu de sa jurisprudence bien établie, selon laquelle³⁶, même si les droits économiques et sociaux dépendent beaucoup de la situation des États et notamment de leurs

³³ Voir F. Saitto, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 421 ss.

³⁴ C. Kilpatrick, *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, EUI Working Papers, Law 2015/34 http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 9.

³⁵ F. Tulkens, *La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en période de crise économique*, Strasbourg 25 janvier 2013, in http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130125_Tulkens_FRA.pdf; J. Gerards, *The ECHR's Response to Fundamental Rights Issues Related To Financial and Economic Difficulties – The Problem of Compartmentalisation*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2015, n. 3.

³⁶ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979.

finances, la Convention « devait se lire à la lumière des conditions de vie actuelles » et de nombreux droits civils et politiques protégés par cet instrument ont des prolongements d'ordre économique ou social.

Il est bien connu que la Cour a donné une interprétation très large du Protocole n° 1, sur le droit de propriété, jusqu'à y inclure des nombreux bénéficiaires de nature sociale³⁷. Dans cette jurisprudence, elle a montré la tendance à laisser aux Etats-membre une vaste marge d'appréciation en relation au juste équilibre entre dépenses publiques et entrées³⁸, mais cette marge semble être de plus en plus réduite dans les années les plus récentes.

Dans *Zolotas c. Grece (n. 2)*³⁹ la Cour, dans une affaire sur les comptes bancaires, a précisé que « l'Etat a l'obligation positive de protéger le citoyen et de prévoir ainsi l'obligation pour les banques, compte tenu des conséquences fâcheuses que peut avoir la prescription, d'informer le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription et de lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription en effectuant par exemple une opération sur le compte. N'exiger aucune information de ce type risque de rompre le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la collectivité et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ».

Dans deux arrêts relatifs à la Hongrie (*N.K.M. c. Hongrie et R. Sz. c. Hongrie*)⁴⁰, les requérants se plaignaient du fait que la taxation à 98 % d'une partie de leurs indemnités de licenciement – en vertu d'une loi entrée en vigueur dix semaines avant le licenciement – s'analysait en une privation injustifiée de leurs biens. En dépit de l'importante marge d'appréciation dont jouissent les autorités hongroises en matière d'imposition, la Cour a estimé que les moyens employés étaient disproportionnés par rapport au but légitime poursuivi, à savoir, préserver le Trésor public contre les indemnités de licenciement d'un montant excessif.

La Cour a aussi fait découler certaines obligations positives d'autres articles de la Convention, comme les articles 2, 3 et 8, lorsque la dignité humaine était en discussion, car, par exemple, le minimum vital n'était pas assuré⁴¹. On peut aussi considérer dans ce sens la jurisprudence, fondée sur l'article 3, sur les droits des détenus, envers lesquels l'Etat a des obligations positives qui ne peuvent pas être

³⁷ Voir Cour EDH, *Stec, Stec et autres c. Royaume Uni*, décision sur la recevabilité, 6 juillet 2005, spéc. par. 51.

³⁸ Cour EDH, *Mihăieş et Senteş c. Roumanie*, 6 décembre 2011, par. 21 : les requérants se plaignaient, sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention, de ce que la rémunération qu'ils percevaient en tant qu'employés du secteur public avait été réduite de 25 % en application d'un programme d'austérité mis en œuvre par le gouvernement. La Cour a jugé que, même à supposer que les intéressés fussent titulaires d'un « bien », les autorités n'avaient pas excédé leur marge d'appréciation.

³⁹ Cour EDH, *Zolotas c. Grece (n. 2)*, 29 janvier 2013.

⁴⁰ Cour EDH, *N.K.M. c. Hongrie*, 14 mai 2013 et Cour EDH, *R. Sz. c. Hongrie*, 2 juillet 2013.

⁴¹ Cour EDH, *Nencheva c. Bulgarie*, 18 juin 2013, qui se fonde sur l'article 2, le droit à la vie ; dans ce cas, la défense du gouvernement avait argumenté le décès par faim des enfants souffrant de handicaps mentaux et physiques graves qui vivaient dans un foyer dans les montagnes sur la base de la force majeure, en conséquence de la crise économique en Bulgarie pendant les années 1990, qui avait empêché l'Etat d'intervenir, mais la Cour a rejeté cet argument.

évitées en argumentant sur la base de la crise économique⁴². D'autres droits peuvent être menacés par la crise économique, comme l'accès à la justice, la durée des procès, l'exécution de la chose jugée : ici aussi la Cour a à plusieurs reprises souligné la non pertinence des considérations budgétaires en relation à la garantie des droits de l'article 6⁴³. Dans un colloque à la Cour européenne, en 2013, le membre grecque de la Cour des comptes européenne, le juge Samaras, a fait relever que les réductions budgétaires sont à l'origine du 90% des condamnations de la Grèce, 50% desquelles sont liées aux délais des procédés⁴⁴.

En outre, on peut considérer à cet égard la rigoureuse jurisprudence sur la non rétroactivité des lois, qui a déterminé des divergences avec la Cour constitutionnelle italienne, qui contrôle d'une manière beaucoup plus souple la rétroactivité et qui considère admissibles des lois rétroactives justifiées par des exigences financières⁴⁵.

Encore, on peut mentionner, étant lié à la crise, l'arrêt *Nagla c. Lettonie*⁴⁶ dans lequel la Cour condamne l'Etat, pour violation de l'article 10, suite à la perquisition du domicile d'une journaliste qui avait informé le public des salaires payés dans le secteur public dans un contexte de crise économique.

En dépit de cette jurisprudence, lorsque la Cour a été directement saisie pour juger les mesures d'austérité adoptées comme conséquence des Memoranda européens, notamment par la Grèce et le Portugal, elle a montré une certaine reluctance à décider, comme témoigné par les affaires *Koufaki et Adedy c. Grèce*, *Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal* et *da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, en relation à l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété).

Dans la première affaire (*Koufaki et Adedy c. Grèce*)⁴⁷, la Cour affirme, en relation aux mesures d'austérité adoptées en 2010 en Grèce, parmi lesquelles figure la réduction des salaires du 22%, que «Les restrictions introduites par les mesures litigieuses pourraient être considérées comme une ingérence dans la jouissance du droit au respect des biens prévue par la loi. L'adoption de ces mesures a été justifiée par la crise exceptionnelle et sans précédent dans l'histoire récente de la Grèce qui nécessitait la réduction immédiate des dépenses publiques. Les buts des mesures étaient d'intérêt général et coïncidaient avec ceux des Etats membres de la zone euro qui ont une obligation de discipline budgétaire et de préservation de la stabilité

⁴² Voir Cour EDH, *Larioshina c. Russie*, 23 avril 2002 ; Cour EDH, *Khocklich c. Moldova*, 29 avril 2003 ; Cour EDH, *Zarzycki c. Pologne*, 12 mars 2013.

⁴³ Cour EDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997 ; Cour EDH, *Scordino c. Italie (No. 1)*, 29 mars 2006 ; Cour EDH, *Ciovisa c. Roumanie*, 31 mars 2009 ; Cour EDH, *Michelioudakis c. Grèce*, 3 avril 2012 ; Cour EDH, *Glykantzi c. Grèce*, 30 octobre 2012 ; Cour EDH, *Vassiliou Athanasiou c. Grèce*, 21 décembre 2010.

⁴⁴ http://www.echr.coe.int/Documents/dialogue_2013_FRA.pdf, p. 13.

⁴⁵ Cour EDH, *Agrati et autres c. Italie*, 7 juin 2011 ; Cour EDH, *Maggio et autres c. Italie*, 31 mai 2011. Voir aussi D. Tega, *Welfare Rights in Italy*, in B. de Witte, C. Kilpatrick, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenge*, cit., p. 50 ss.

⁴⁶ Cour EDH, *Nagla c. Lettonie*, 16 juillet 2013.

⁴⁷ Cour EDH, *Koufaki et Adedy c. Grèce*, 7 mai 2013.

de la zone dont ils dépendent. Le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale.»

Dans la deuxième (*Mateus et Santos Januário c. Portugal*)⁴⁸, la réduction, en 2012, des pensions de retraite du secteur public au Portugal était en discussion. La Cour a jugé que cette baisse avait entraîné une limitation proportionnée au droit de propriété des requérants. Compte tenu des problèmes financiers exceptionnels auxquels le Portugal était alors confronté et du caractère limité et temporaire de ces mesures, le gouvernement portugais avait ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et la protection des droits individuels des requérants au versement de leur pension de retraite.

Dans la troisième (*da Silva Carvalho Rico c. Portugal*)⁴⁹, la Cour déclare irrecevable, pour défaut manifeste de fondement, une requête sur la réduction du montant des pensions de retraite en application des mesures d'austérité adoptées au Portugal, notamment la « contribution extraordinaire de solidarité », qui avait été introduite au terme de négociations qui visaient à obtenir un soutien financier de la part de l'Union européenne, des États membres de la zone euro et du Fonds monétaire international. La Cour prend acte en particulier des intérêts généraux qui étaient en jeu au Portugal dans le contexte d'une crise financière, ainsi que du caractère limité et temporaire des mesures appliquées. Elle estime, dès lors, que la réduction de la pension de la requérante a constitué une restriction proportionnée – telle que l'avait déjà évaluée la Cour constitutionnelle portugaise – de son droit à la protection de la propriété, qui visait au redressement économique du pays à moyen terme.

II.2.2.2 CJUE

Pour ce qui en est de la jurisprudence de la Cour de justice, il faut tout d'abord dire que la Cour n'a pas été saisie par les juridictions nationales qui devaient appliquer les mesures d'austérité imposées par les documents européens, notamment les *Mémorandums* en Grèce et Portugal. Celles-ci auraient pu demander d'interpréter ces documents, ou de vérifier leur compatibilité avec les Traités, tout d'abord avec la Charte européenne, mais ce dialogue, qui aurait été possible, ne s'est pas avéré⁵⁰.

La Cour a rejeté, en tant qu'inadmissibles, les questions préjudicielles qui lui avaient été adressées par les cours roumaines et portugaises qui concernaient la compatibilité de la législation nationale avec la Charte⁵¹ ; les juges n'avaient en

⁴⁸ Cour EDH, *Conceição Mateus et Santos Januário c. Portugal*, 8 octobre 2013.

⁴⁹ Cour EDH, *da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, décision 1 septembre 2015.

⁵⁰ C. Kilpatrick, *Are Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *Eur. Const. Law Review*, 2014, p. 393 ss.; Id., *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 325 ss.

⁵¹ Roumanie : CJUE, ordonnance 14 décembre 2011, C-434/11, *Corpul Național al Polițiștilor c. Ministerul Administrației și Internelor (MAI) et autres* ; CJUE, ordonnance 10 mai 2012, C-134/12, *Ministerul*

effet indiqué aucun élément suivant lequel la loi nationale était adressée à appliquer le droit de l'Union⁵².

La voie du recours en annulation est aussi bloquée, car les conditions d'admissibilité fixées par la Cour sont trop sévères et la Cour a refusé de les baisser comme conséquence de la gravité de l'impact des mesures d'austérité sur les droits sociaux, dans un cas soulevé par le syndicat du secteur public grecque (*ADEDY et autres*)⁵³.

La CJUE a déclaré qu'elle n'a pas de juridiction dans l'affaire *Torrálbo Marrcos*⁵⁴, qui concernait la loi qui imposait au travailleur salarié l'obligation d'acquitter une taxe pour pouvoir introduire un appel dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée finalisée à obtenir une déclaration judiciaire d'insolvabilité de l'employeur.

La Cour de Justice a néanmoins décidé des affaires importantes, concernant l'Espagne et l'Irlande.

Dans l'affaire *Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García*⁵⁵, Sanchez Morcillo et Abril Garcia n'étaient plus en mesure de rembourser les mensualités de leur crédit contracté auprès du Banco Bilbao (assorti d'une hypothèque sur leur bien immobilier). Le 15 avril 2011, le Banco Bilbao a exigé le paiement de la totalité du prêt assorti des intérêts ordinaires et du retard ainsi que la vente forcée du bien immobilier hypothéqué en sa faveur. La Cour a jugé que l'« article 7, §1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, lu en combinaison avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un système de voies d'exécution, tel que celui en cause au principal, prévoyant qu'une procédure de saisie hypothécaire n'est pas susceptible d'être suspendue par le juge du fond, celui-ci pouvant, dans sa décision finale, tout au plus accorder une indemnité compensatoire du préjudice subi par le consommateur, dans la mesure où ce dernier, en tant que débiteur saisi, ne peut pas faire appel de la décision rejetant son opposition à cette exécution, alors que le professionnel, créancier saisissant, peut exercer cette voie de recours contre la décision ordonnant de mettre fin à la procédure ou déclarant une clause abusive inapplicable ».

Administrației și Internelor (MAI), Inspectoratul General al Poliției Române (IGPR) et Inspectoratul de Poliție al Județului Tulcea (IPJ) c. Corpul Național al Polițiștilor - Biroul Executiv Central ; CJUE, ordonnance 14 décembre 2012, C-462/11, *Victor Cozman c. Teatrul Municipal Târgoviște*. Portugal ; CJUE, ordonnance 7 mars 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte et autres c. BPN - Banco Português de Negócios SA* ; CJUE, ordonnance 26 juin 2014, C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins contre Fidelidade Mundial - Companhia de Seguros SA* ; CJUE, ordonnance 21 octobre 2014, C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguro e Afins c. Via Directa - Companhia de Seguros SA*.

⁵² C. Kilpatrick, *Are Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, cit., p. 418.

⁵³ CJUE, ordonnance 27 novembre 2012, T-541/10 et T-215/11, *ADEDY, Spyridon Papaspyros et Ilias Iliopoulos c. Conseil de l'Union européenne*.

⁵⁴ CJUE, 27 mars 2014, C-265/13, *Torrálbo Marrcos contre Korota SA et Fondo de Garantía Salarial*.

⁵⁵ CJUE, 17 juillet 2014, C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA*.

Dans l'affaire *Thomas Hogan et autres*⁵⁶, la Cour a décidé une question préjudicielle introduite par la High Court irlandaise sur la perte de pensions des travailleurs due à la faillite de l'entreprise. La loi qui prévoit de reconnaître aux travailleurs le 50% de la retraite n'est pas conforme au droit européen, et la situation économique de l'Irlande ne constitue pas une circonstance exceptionnelle susceptible de justifier un niveau de protection réduit des intérêts des travailleurs en ce qui concerne leurs droits à des prestations de vieillesse au titre d'un régime complémentaire de prévoyance professionnelle.

Enfin, on peut citer la jurisprudence, de plus en plus prudente, voir restrictive, sur l'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union économiquement inactifs se trouvant dans un État membre autre que le leur ; un problème qui se pose de plus en plus en conséquence de la crise économique. Dans l'affaire *Dano*⁵⁷, la Cour avait décidé qu'était conforme au droit de l'Union l'exclusion du bénéfice des aides d'assistance sociale des citoyens économiquement inactifs qui arrivent sur le territoire d'un autre État membre sans vouloir y trouver un emploi. Dans l'affaire *Alimanovic*⁵⁸, la Cour considère compatible avec la directive 2004/38 et le traité une réglementation nationale qui exclue du bénéfice de certaines prestations les ressortissants d'autres États membres ayant la qualité de demandeurs d'emploi, alors que ces prestations sont garanties aux ressortissants de l'État membre concerné qui se trouvent dans la même situation.

Finalement, tous ces arrêts montrent que, face à la crise économique, les cours européennes n'ont pas changé leur jurisprudence, ni pour ce qui est de l'admissibilité des recours (comme le démontre la CJUE), ni pour les aspects substantifs (comme le démontre la Cour EDH) : ce faisant, elles n'ont réussi à assurer une garantie que pour les cas extrêmes, engendrant de graves violations. Il s'agit du maximum qu'on peut leur demander, « *business as usual* ».

II. 3 Quelle interaction ?

La question qui se pose face à cette jurisprudence des cours européennes est celle de l'interaction avec les cours constitutionnelles nationales.

On a individué plusieurs attitudes des cours nationales face au droit européen, qui vont de l'actuation et la promotion à la participation jusqu'à la reluctance, la résistance, le défis⁵⁹.

⁵⁶ CJUE, 25 avril 2013, C-398/11, *Thomas Hogan et autres c. Minister for Social and Family Affairs, Ireland et Attorney General*.

⁵⁷ CJUE, 11 novembre 2014, C-333/13, *Elisabeta Dano et Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*.

⁵⁸ CJUE, 15 septembre 2015, C-67/14, C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln contre Nazifa Alimanovic et autres*.

⁵⁹ Voir M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Relazione presentata nell'incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Santiago de Compostela, 16-18 octobre 2014, in www.cortecostituzionale.it.

Notamment, dans plusieurs domaines, on assiste à la prétention des cours nationales de garantir un niveau plus haut de protection aux droits et libertés par rapport à celui accordé par les cours européennes, ou à la résistance (par exemple en s'appelant aux « *controlimiti* ») au nom de la constitution nationale, invoquée en tant qu'expression de l'« identité constitutionnelle nationale ».

Dans la jurisprudence de la crise, au contraire, il s'agit d'un appel des cours européennes aux cours nationales afin qu'elles réduisent la place qu'elles confèrent à l'intérêt public dans le balancement, au nom d'un plus haut niveau de protection des droits.

La réaction des cours nationales ne semble pas – sauf dans un nombre très réduit d'affaires, parmi lesquelles on peut considérer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne sur la rétroactivité des lois – orientée à la résistance, mais plutôt à l'ouverture et à l'acceptation de la jurisprudence européenne, qui devient souvent la base argumentative pour les décisions des cours nationales.

Je trouve qu'un élément-clé pour comprendre l'attitude des cours nationales dans un contexte de crise, dans lequel les droits sont mis en danger par des décisions politiques centrées sur l'intérêt public, est précisément leur relation avec les cours européennes.

Les cours constitutionnelles nationales les plus activistes et attentives aux droits y trouvent des alliées très importantes, avec lesquelles elles peuvent développer une véritable stratégie de garantie des droits.

Au contraire, les cours les plus timides et les plus influencées par le pouvoir politique peuvent, ainsi que les gouvernements, avoir du mal à accepter les décisions européennes.

III. Conclusion

En conclusion : face aux nouveaux défis pour l'Etat constitutionnel, les cours constitutionnelles sont appelées à un activisme croissant. Elles n'ont pas toujours la force, l'indépendance, la légitimité pour jouer ce rôle.

Elles peuvent être soutenues, dans cette difficile tâche, par une stratégie d'alliances, soit avec d'autres cours constitutionnelles, soit avec les cours européennes.

La tradition juridique continentale n'est pas favorable aux stratégies argumentatives qui font recours aux précédents étrangers. Certes, les cours peuvent se rencontrer, organiser des colloques, traduire et faire circuler leurs décisions, créer des départements d'étude de droit comparé dans leur structure organique. Cependant, tout cela ne peut produire, sauf épisodiquement, qu'une circulation implicite, sans trouver place parmi les arguments de la motivation.

Ce qui s'avère décisif dans l'espace juridique européen n'est pas le dialogue horizontal, mais le dialogue vertical. En conséquence des nouveaux défis,

l'interaction des cours nationales avec les cours européennes devient encore plus importante : seulement une alliance, une réponse coordonnée des différents sujets qui composent le système « multilevel » peut conduire – même en temps difficiles – à une plus complète garantie des droits et libertés.

Pour revenir à la question qu'on avait posée au début, sur le caractère – adapté ou non – de l'Etat constitutionnel de droit aux nouveaux défis, on peut conclure qu'il ne peut donner des réponses effectives sauf s'il se reconfigure en tant que « Etat constitutionnel ouvert »⁶⁰ : les cours constitutionnelles toutes seules ne peuvent pas se charger des nouveaux défis. Elles ne peuvent assurer la garantie des droits et libertés que dans le cadre d'une réponse coordonnée avec les Cours européennes.

⁶⁰ On fait ici référence à la définition allemande de *Völkerrechtsfreundlichkeit*, comme « Etat constitutionnel ouvert. Plus en général, voir S. Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 2015, p. 21 ss.