

2 NOVEMBRE 2016

La jurisprudence de Strasbourg dans
les décisions de la Cour
constitutionnelle italienne.
Une recherche empirique

de Tania Groppi
Professeur de Droit constitutionnel
Université de Sienne



La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne. Une recherche empirique^{*}

de **Tania Groppi**

Professeur de Droit constitutionnel
Université de Sienne

Sommaire : **I.** Un premier regard : la Cour constitutionnelle italienne, un exemple de « résistance » à la Cour EDH ? **A.** Un contrôle concentré de conventionnalité. **B.** Le contrôle de constitutionnalité du paramètre conventionnel et l'évaluation « systémique et non fractionnée des droits fondamentaux ». **C.** L'arrêt 49/2015: la « prévalence axiologique » de la Constitution sur la CEDH. – **II.** Les résultats d'une recherche empirique. **A.** Quelques données quantitatives. **B.** La jurisprudence européenne en tant que source de dynamisme. **C.** « Evitements », « double paramètre » et possibles divergences. **III.** En conclusion : à la recherche d'un dynamisme bidirectionnel.

I. Un premier regard : la Cour constitutionnelle italienne, un exemple de « résistance » à la Cour EDH ?

La Cour constitutionnelle italienne n'est pas un protagoniste du dialogue jurisprudentiel global: son attitude peu favorable à la citation de jurisprudences étrangères¹, l'impossibilité pour les juges d'écrire des opinions

^{*} Peer reviewed. Cet article est destiné à la publication dans l'ouvrage "Les défis de l'interprétation et de l'application des droits. De l'ouverture au dialogue", sous la direction de L. Burgorgue-Larsen, Paris, Pedone, (2017). Une première version a été présentée lors du colloque « Les défis de l'interprétation et de l'application des droits. De l'ouverture au dialogue », organisé à Andorra La Vella par le Tribunal Constitutionnel d'Andorre, le 7 et 8 juillet 2016. Je remercie sa Présidente, Mme Laurence Burgorgue Larsen pour cette opportunité et, encore plus, pour son amitié ainsi que tous les participants (particulièrement Alejandro Saiz Arnaiz et Pablo Perez Tremps) pour leurs intéressants commentaires. Je remercie aussi Elena Bindi, Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, Antonio Ruggeri, Diletta Tega, Nicola Vizioli, pour la lecture de ce travail et leurs utiles suggestions. Marco Antonio Simonelli, doctorant de recherche à l'Université de Sienne, a donné une inestimable contribution à la recherche empirique et à la réalisation des annexes et des graphiques: je le remercie énormément. Je remercie aussi Floriana Plataroti, doctorante de recherche à l'Université de Sienne, pour son assistance dans la recherche; Ester Stefanelli, elle aussi doctorante de recherche à l'Université de Sienne, pour son appui dans la traduction et dans la révision de cet article; Lise Brun, doctorante de recherche à l'Université de Bordeaux pour la révision linguistique.

dissidentes, l'absence d'ouvrages en anglais sur sa jurisprudence², ont rendu ses décisions peu attractives pour les autres cours constitutionnelles, y compris celles plus enclines à l'usage de l'argument de droit comparé³.

Pour cette raison, il est encore plus remarquable le fait que la Cour constitutionnelle russe ait récemment cité deux arrêts de la Cour constitutionnelle italienne. Dans son arrêt n° 21-P/2015 du 14 juillet 2015⁴, la Cour russe a considéré qu'il ne faut pas donner exécution à une décision de Strasbourg si celle-ci entraîne une violation de la Constitution russe. Dans la motivation de la décision, elle a fait référence aux arrêts de la Cour constitutionnelle italienne n° 264/2012, *Maggio* ou « pensions suisses » et n° 238/2014, sur les compensations pour les crimes de guerre nazis., entre autres décisions étrangères dans lesquelles la prévalence de la Constitution nationale sur le droit international (donc sur les arrêts des juridictions internationales) a été affirmée⁵.

Ces références, par l'une des cours constitutionnelles les plus réticentes à l'usage du droit comparé, comme celle russe⁶, pourraient conduire à hisser la Cour constitutionnelle italienne au rang de leader des juridictions constitutionnelles qui « résistent » à la jurisprudence de Strasbourg⁷.

¹ Voir L. Pegoraro, « La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80 », *Quaderni costituzionali*, 1987, pp. 601 ss. ; L. Pegoraro, P. Damiani, « Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, pp. 411 ss.; P. Passaglia, « Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-juin 2015 », *Consulta Online*, 13 juillet 2015, www.giurcost.org ; T. Groppi, I. Spigno, « Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court », *Rivista A.I.C.*, n° 4, 2014.

² Jusqu'à récemment. Voir maintenant V. Barsotti, P. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

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

⁴ Cet arrêt a conduit à l'approbation, par le Parlement, d'une loi introduisant un recours gouvernemental à la Cour constitutionnelle pour déterminer si l'exécution d'arrêts internationaux peut entraîner une violation de la Constitution (loi constitutionnelle du 15 décembre 2015) : voir A. Guazzarotti, « La Russia e la CEDU : i controlimiti visti da Mosca », *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 383 ss.. Le premier arrêt où il est fait exercice de cette nouvelle compétence est celui du 19 avril 2016, n° 12-P, concernant l'exécution de la décision de la Cour EDH *Anchungov et Gladkov c. Russie*, 4 juillet 2013, sur le droit de vote des détenus : voir C. Filippini, « La Russia e la CEDU : l'obiezione della Corte costituzionale all'esecuzione delle sentenze di Strasburgo », *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 386 ss.; A. De Gregorio, « Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione », *Federalismi-Focus Human Rights*, 27 juillet 2016, www.federalismi.it.

⁵ Les autres décisions citées sont : Tribunal constitutionnel allemand, 14 octobre 2004, 2BvR 1481/04 (BVerfGE 111, 307) et 29 mai 1974, 2 BvL 52/71 (BVerfGE 37, 271) [“Solange-I”] ; Tribunal constitutionnel autrichien, 14 octobre 1987 N B267/86 ; Cour suprême du Royaume Uni, 16 octobre 2013 ([2013] UKSC 63).

⁶ Voir S. Belov, « Russia: Foreign Transplants in the Russian Constitution and Invisible Foreign Precedents in Decisions of Russian Constitutional Court », in T. Groppi, M. C. Ponthoreau (dir.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 347 ss.

⁷ Sur ces relations, voir G. F. Ferrari (dir.), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2007 ; G. Martinico, O. Pollicino (dir.), G. Martinico; O. Pollicino, *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional*

En effet, on trouve, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, des éléments qui, à un premier regard, laissent penser qu'elle adopte une attitude de « résistance »⁸.

Il faut avant tout préciser que la Convention européenne des droits de l'homme (d'ici en avant CEDH), qui a été introduite en Italie par une loi ordinaire, s'est longtemps vue attribuer force de loi⁹. Par conséquent, une violation de la Convention par une source primaire italienne n'aboutissait pas à l'invalidité de cette dernière¹⁰.

Cependant, la Convention a acquis, au fil des années, une certaine pertinence interprétative dans la jurisprudence constitutionnelle¹¹, qui, en l'absence d'une norme comparable à l'art.10, alinéa 2, de la Constitution espagnole¹², est demeurée toutefois limitée. En effet, les références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (d'ici en avant, Cour EDH) durant cette période sont restées très rares¹³.

Perspective, Groningen, Europa Law Publishing, 2010; G. Repetto (dir.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013.

⁸ Ainsi N. Perlo, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un "barrage contre le Pacifique" ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 95, juill. 2013, pp. 717-734. La Cour européenne elle-même parle de « réticence » (*reluctance*) en référence à l'arrêt *Maggio* de la Cour italienne: voir *Seminar background paper: Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?*, http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2014_ENG.pdf Dans la suite de cet article, nous continuerons à utiliser le mot « résistance » pour indiquer des attitudes de « divergence » très variées, qui ne peuvent jamais être considérées comme une véritable « fermeture » par rapport au système de Strasbourg, contrairement, par exemple, à la signification que lui attribue V. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 8. Selon cette perspective, il faudrait toujours parler, pour la Cour constitutionnelle italienne, d'« engagement » avec Strasbourg ; pour cette raison, le mot « résistance » sera entre guillemets.

⁹ Sur la jurisprudence de cette époque, voir A. Pace, « La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia », *Diritto pubblico*, 2001, pp. 1 ss.

¹⁰ La Cour, dans l'arrêt n° 188/1980, avait souligné qu'« en l'absence de dispositions constitutionnelles spécifiques, les normes conventionnelles, rendues exécutoires dans l'ordre juridique interne de la République, [avaient] valeur de loi ordinaire ».

¹¹ Voir l'arrêt n° 388/1999, dans lequel la Cour affirmait que la Constitution et les Chartes des droits « s'intègrent, en se complétant réciproquement via leur interprétation ». N. Perlo, « Les juges italiens et la cour européenne des droits de l'homme : vers la construction d'un système juridique intégré de protection des droits », in X. Magnon, W. Mastor [et al.] (dir.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruxelles, Bruylant, 2015. Voir, en italien, des nombreux écrits de Antonio Ruggeri sur l'interprétation conforme, parmi lesquels A. Ruggeri, « L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema », in A. Bernardi (ed.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, 2015, p. 153; Id., « L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi », *Federalismi*, n° 10, 20 mai 2015, www.federalismi.it.

¹² Selon lequel « On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne ».

¹³ Voir *infra*, note 40. Il faut aussi relever qu'aucune référence, ni à la Convention, ni à la Cour EDH, n'a été faite à l'occasion des relations annuelles à la presse des Présidents de la Cour constitutionnelle, jusqu'en 1988. Depuis cette

Ce n'est qu'au cours des années 2000 que la Cour constitutionnelle est revenue sur ses positions, face à la tendance croissante des juges ordinaires à écarter directement les normes italiennes contraires à la Convention, en effectuant un contrôle diffus de conventionnalité¹⁴. La Cour a alors tiré les conséquences de la révision constitutionnelle de 2001. Dans le cadre de la réforme du régionalisme italien, a été insérée presque par hasard, à l'article 117, alinéa 1^{er}, la disposition selon laquelle « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect [...] des obligations internationales »¹⁵.

En 2007, dans deux arrêts considérés comme « jumeaux » (n° 348 et 349/ 2007), elle a établi que « L'article 117, premier alinéa, de la Constitution, en tant que paramètre constitutionnel, comporte l'obligation pour le législateur ordinaire de respecter les normes de la Convention, avec la conséquence que la norme nationale incompatible avec la CEDH, et donc avec les "obligations internationales" visées par le premier alinéa de l'article 117 de la Constitution viole, de ce fait même, ce paramètre constitutionnel ».¹⁶

Malgré cette importante démarche, qui vise à assurer le respect de la Convention, la Cour a introduit, avec les arrêts de 2007, des limitations, qu'elle a développées au fil des années suivantes.

A. Un contrôle concentré de conventionnalité

Premièrement, en Italie le contrôle de conventionnalité¹⁷ est concentré entre les mains de la Cour constitutionnelle, qui en détient le monopole.

Il revient d'abord au juge ordinaire d'interpréter la norme interne de manière conforme à la disposition internationale, dans les limites de ce qui est permis par le texte écrit qui comporte la norme. Si cela s'avère

date, on trouve des références à la jurisprudence de Strasbourg sur le délai des procès dans les relations des années 1989 et 1990 (Prés. Saja). La première référence générale aux rapports entre les deux Cours se trouve dans la relation de 2004 (Prés Zagrebelsky). Depuis cette date, il y a des références chaque année. Les relations annuelles sont disponibles à la page http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/relazioni_annuali.do

¹⁴ La préoccupation de la Cour constitutionnelle d'une éventuelle application directe de la CEDH par les juges ordinaires est exprimée, par exemple, dans un témoignage de l'ancien juge Sabino Cassese : voir S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 78, 88,-89 213.

¹⁵ Sur l'absence d'une adéquate considération des conséquences du nouvel art. 117.1, voir A. D'Atena, «La nuova disciplina dei rapporti internazionali e con l'Unione europea», *Rass. Parl.*, 2002, p. 923. Dans le cadre d'une importante réforme constitutionnelle approuvée par le Parlement en 2005, mais rejetée par le peuple lors du referendum constitutionnel de 2006, la suppression de cette disposition avait cependant été proposée, ce qui démontre déjà une certaine compréhension des bouleversements qu'elle était en mesure d'entraîner.

¹⁶ Sur cette jurisprudence, F. Laffaille, « CEDH et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes », *RDP*, n° 4, juill.-août 2009, pp. 1137 ss. ; F. Jacquolot, « La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », *RDP*, n° 5, sept.-oct. 2011, pp. 1235-1254.

¹⁷ Dans cet article, nous utilisons cette expression uniquement pour désigner le contrôle du respect du paramètre CEDH par les sources primaires.

impossible, ou bien si le juge a des doutes sur la compatibilité de la norme interne par rapport à la disposition conventionnelle interposée, celui-ci doit saisir la Cour constitutionnelle par une question préjudicielle de constitutionnalité fondée sur l'article 117, premier alinéa, de la Constitution. Selon la Cour, il n'est pas possible de réserver aux normes de la CEDH le traitement privilégié dont jouissent les normes de l'Union européenne directement applicables, sur la base de l'art. 11 de la Constitution. Par conséquent, les juges ordinaires ne peuvent pas écarter les lois internes contraires à la CEDH (arrêts n° 348 et 349/2007).

La Cour a confirmé cette jurisprudence dans des arrêts plus récents, même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009. Selon quelques juges ordinaires, les dispositions de ce traité impliqueraient un changement de la position de la CEDH dans la hiérarchie des normes, ouvrant la porte au contrôle diffus de conventionnalité. En effet, en vertu de l'art. 6 du Traité et de l'art. 52, alinéa 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention aurait été incorporée dans le droit de l'Union et, par conséquent, la non-application des normes nationales incompatibles avec les normes conventionnelles reviendrait aux juges ordinaires, sans qu'ils aient besoin de saisir la Cour constitutionnelle¹⁸.

Au contraire, la Cour, saisie de cette question, a considéré (arrêt n° 80/2011) que rien n'avait changé dans la position de la Convention : la Charte ne peut être appliquée que lorsque le juge *a quo* doit utiliser le droit européen, et non pas quand il s'agit du seul droit national, qui n'a aucun rapport avec le droit de l'UE. Le juge, dans ce dernier cas, ne peut pas écarter les normes nationales incompatibles avec la CEDH et les principes déjà établis par la Cour constitutionnelle demeurent inchangés.

Encore, dans le cas des violations structurelles de la Convention relevées par la Cour EDH, qui impliquent l'élimination d'une norme interne non conforme au droit conventionnel, la Cour constitutionnelle a établi (arrêt n° 210/2013) que, si le législateur n'intervient pas pour abroger la norme en question, l'exécution de l'arrêt de la Cour EDH par le juge national dans des affaires identiques à celles qui ont constitué l'objet de la décision européenne doit passer à travers la déclaration d'inconstitutionnalité de la norme nationale, qui demeure réservée à la Cour constitutionnelle¹⁹.

¹⁸ L. Fontaine, F. Laffaille, « La “communautarisation” de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le juge administratif italien et les normes européennes », *RDP*, n° 4, 2011, pp. 1015 ss.

¹⁹ Ainsi l'arrêt n° 210/2013 (affaire « Ercolano »), par. 8 en droit, sur lequel voir N. Perlo, « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, pp. 887 ss. Une solution différente est appliquée à l'affaire décidée par la Cour EDH : ici le juge national peut donner exécution directe à la décision de Strasbourg, même si le législateur n'a pas encore abrogé la norme interne à l'origine de la condamnation, sans devoir saisir préalablement la Cour

B. Le contrôle de constitutionnalité du paramètre conventionnel et l'évaluation « systémique et non fractionnée » des droits fondamentaux

Deuxièmement, la norme conventionnelle étant une « norme interposée » entre la Constitution et la loi, elle est soumise, à son tour, à une vérification de compatibilité avec la Constitution. Cette vérification concerne les normes de la CEDH, telles qu'interprétées, le cas échéant, par la Cour de Strasbourg.

En effet, « Les normes de la CEDH, telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg, n'acquièrent pas la force des normes constitutionnelles et ne sont donc pas insusceptibles d'être contrôlées du point de vue de leur constitutionnalité par cette Cour. Précisément puisqu'il s'agit de normes qui intègrent le paramètre constitutionnel mais qui restent tout de même sur un niveau infra-constitutionnel, il est nécessaire qu'elles soient conformes à la Constitution » (arrêt n° 348/2007).

La nature subconstitutionnelle de ces normes fait que le contrôle de constitutionnalité ne peut se borner à la possible violation des principes et des droits fondamentaux (comme c'est le cas pour le droit de l'Union européenne : arrêt n° 170/1984), mais il doit s'étendre à n'importe quel aspect conflictuel entre les "normes interposées" et les normes constitutionnelles.

Puisque les normes de la CEDH vivent selon l'interprétation qui en est donnée par la Cour EDH, le contrôle de constitutionnalité doit porter sur la norme en tant que produit de l'interprétation et non sur la disposition en elle-même. Par ailleurs, il faudrait pas penser que les arrêts de la Cour de Strasbourg soient inconditionnellement obligatoires aux fins du contrôle de constitutionnalité des lois nationales. Ce contrôle doit toujours s'inspirer de la conciliation raisonnable entre le lien dérivant des obligations internationales, tel qu'il est imposé par l'article 117, premier alinéa, de la Constitution et la protection des intérêts constitutionnellement garantis par d'autres articles de la Constitution. Si cette conciliation s'avère impossible, le conflit entre la norme CEDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH et la Constitution italienne entraîne l'inconstitutionnalité de la loi d'adaptation pour la partie concernée (arrêt n° 311/2009 et 49/2015).

De cette manière, la Cour constitutionnelle italienne s'est réservée le dernier mot par rapport à la Cour de Strasbourg.

constitutionnelle, ce qui implique la possibilité d'écarter « *inter partes* » la norme interne non conforme au droit conventionnel. Voir aussi pour le développement de ce principe dans la jurisprudence des juges ordinaires, E. Malfatti, *I 'livelli' di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 129 ss. ; C. Padula, « La Corte EDU e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale », *Consulta Online*, 25 aout 2016, , www.giurcost.org

Cependant, dans la jurisprudence ultérieure, la « résistance » à la Cour de Strasbourg s’est développée surtout à travers la mise en balance de la jurisprudence européenne avec d’autres principes et valeurs constitutionnels concernés, dans le cadre d’une évaluation « systémique et non fractionnée » des droits fondamentaux, qu’il revient à la Cour constitutionnelle d’assurer²⁰.

La Cour a développé cette jurisprudence spécialement dans l’arrêt n° 264/2012²¹. La question concernait les Italiens qui avaient travaillé en Suisse, mais qui résidaient en Italie et qui, sur la base d’une orientation jurisprudentielle consolidée, bénéficiaient d’une retraite établie grâce au même calcul prévu pour les travailleurs italiens en Italie, alors qu’en Suisse ils avaient payé des charges sociales à un taux plus bas. Or, une loi de 2006 avait imposé de leur accorder une retraite inférieure par rapport au montant prévu pour ceux qui avaient travaillé en Italie. Saisie une première fois de la question, la Cour constitutionnelle avait considéré cette prévision conforme à la Constitution²², tandis que la Cour EDH avait par la suite condamné la rétroactivité de la disposition et l’a déclarée contraire à l’article 6 de la Convention (Cour EDH, *Maggio c. Italie*, 31 mai 2011).

Face à l’immobilisme du législateur, la Cour de cassation a saisi la Cour constitutionnelle, afin qu’elle donne application à l’arrêt de la Cour EDH, en déclarant l’inconventionnalité de la loi concernée.

²⁰ Selon la perspective de l’évaluation systémique et non fractionnée des droits fondamentaux, il faut assurer la plus grande expansion des garanties existantes de tous les droits et de tous les principes, constitutionnels et supranationaux, considérés dans leur ensemble, qui se trouvent toujours dans une relation d’intégration réciproque : en particulier, dans ce concept de « plus grande expansion des garanties », il faut inclure « la nécessaire mise en balance avec les autres intérêts constitutionnellement garantis, c’est-à-dire avec les autres normes constitutionnelles, qui à leur tour protègent les droits fondamentaux qui pourraient être touchés par l’expansion d’une seule garantie [...] La Cour européenne a la tâche de décider à propos du seul cas et du seul droit fondamental, tandis que ce sont les autorités nationales qui ont le devoir d’éviter que la garantie de certains droits fondamentaux – inclus dans la prévision générale et unitaire de l’art. 2 Const. – se développe de façon déséquilibrée, en sacrifiant d’autres droits également garantis par la Charte constitutionnelle et par la Convention européenne même. Le résultat final de l’intégration des garanties de l’ordonnancement doit être positif, dans le sens où d’avantage de garanties pour tout le système des droits fondamentaux doivent dériver de l’impact de la seule norme CEDH sur la législation italienne » (ainsi l’arrêt n° 317/2009 ; voir aussi, avec des résultats différents, les arrêts n° 235/2014, de rejet, et n° 202/2013, d’inconstitutionnalité). 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, portuguese e spagnola », *Santiago de Compostela*, 16-18 octobre 2014, www.cortecostituzionale.it. Gaetano Silvestri, qui a été juge et Président de la Cour constitutionnelle, parle à cet égard d’« *ambientazione* » dans l’ordonnancement italien des principes de la jurisprudence européenne, que la Cour, à la différence du juge ordinaire, peut assurer, car elle a une vision d’ensemble: D. Tega, « *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a Gaetano Silvestri* », *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 757 ss. G. Repetto, « L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto interno : dalla riserva di bilanciamento al ‘doppio binario’ », *Dir. Pubbl.*, 2014, pp. 1075 ss. parle de « adattamento » des précédents européens.

²¹ Sur cette jurisprudence, voir N. Perlo, « Les juges italiens et la cour européenne des droits de l’homme : vers la construction d’un système juridique intégré de protection des droits », *cit.* Voir aussi C. Pinelli, « ‘Valutazione sistematica’ versus ‘valutazione parcellizzata’ : un paragone con la Corte di Strasburgo », *Giur. cost.*, 2012, pp. 4228 ss.

²² Cour const., arrêt n° 172/2008.

C'est à ce moment que la Cour constitutionnelle a soutenu qu'elle doit « évaluer comment et dans quelle mesure l'application de la Convention par la Cour européenne s'insère dans l'ordre constitutionnel italien ». Elle souligne qu'« à la différence de la Cour EDH, cette Cour (...) effectue une évaluation systémique, et non isolée, des valeurs impliquées par la norme examinée et elle est donc tenue à une opération de mise en balance, dont elle seule a la compétence, et qui a conduit à la solution indiquée ».

Dans le cas spécifique, la Cour affirme que, dans le cadre de l'activité de mise en balance avec d'autres intérêts garantis constitutionnellement, c'est la protection des intérêts antagonistes qui l'emporte et qui justifie le recours à la législation rétroactive²³. Par conséquent, la question préjudicielle dont la Cour constitutionnelle avait été saisie par la Cour de cassation est rejetée et la législation qui était à l'origine de la condamnation de l'Italie dans la décision *Maggio* de la Cour EDH demeure inchangée²⁴.

C. L'arrêt n° 49/2015: la « prévalence axiologique » de la Constitution sur la CEDH

Dans les arrêts n° 348 et 349/2007, la Cour avait souligné la différence des rôles respectifs de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle. Elle avait aussi indiqué qu'il appartient à la première d'interpréter la Convention et qu'il revient à la seconde de vérifier s'il existe un conflit entre telle ou telle norme nationale et les droits garantis par la Convention, à la lumière notamment de l'interprétation fournie par la Cour européenne des droits de l'homme.

²³ Voir le par. 5.3 en droit, qui continue ainsi : « Effectivement, les effets de cette disposition relèvent d'un système de sécurité sociale qui vise à établir un lien entre les ressources disponibles et les prestations versées, même conformément à la contrainte établie par l'art. 81, quatrième alinéa, de la Constitution, et assure la rationalité générale du système même (arrêt n° 172/2008), en empêchant des altérations de la disponibilité économique au détriment de certains contributeurs et au profit d'autres, en garantissant ainsi le respect des principes d'égalité et de solidarité, qui, en vertu de leur caractère fondamental, occupent une place privilégiée dans la mise en balance avec les autres valeurs constitutionnelles. Une loi qui prend en considération le fait que les cotisations versées en Suisse sont quatre fois plus basses par rapport à celles versées en Italie et qui œuvre à une nouvelle paramétrisation visant à rendre les cotisations proportionnées aux prestations, à niveler les traitements afin d'éviter des inégalités et à faire en sorte que l'équilibre du système de sécurité sociale soit soutenable, au profit de ceux qui bénéficient de ses prestations, est en effet inspirée aux principes d'égalité et de proportionnalité ».

²⁴ En réalité, cet arrêt n'ajoute pas grand-chose à ceux dont nous avons déjà parlé dans la note 20: la seule différence étant le fait que dans ce cas-ci la Cour constitutionnelle avait été saisie de l'inconstitutionnalité de la norme qui était à la base de la condamnation européenne, raison pour laquelle cet arrêt empêche l'exécution de la décision de Strasbourg et détermine la responsabilité internationale de l'Italie. Sur la réaction de la Cour EDH à l'arrêt n° 264/2012, voir *infra*, note 89.

Cependant, la Cour s'est peu à peu éloignée de cette « division du travail », qui donnait une valeur contraignante à la jurisprudence européenne. Elle est ainsi parvenue, dans l'arrêt n° 49/2015²⁵, à indiquer que le juge du fond n'est tenu de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne que dans le cas où celle-ci est « bien établie » ou énoncée dans un « arrêt pilote ».

Cet arrêt est une conséquence de la décision de la Cour EDH *Varvara c. Italie*, 29 octobre 2013, qui a condamné l'Italie pour violation de l'art. 7 de la Convention et de l'art. 1 du Protocole 1, à cause de la prévision de la confiscation des ouvrages abusifs sans une condamnation pénale (car il y avait eu prescription du crime).

Ici, la Cour constitutionnelle affirme que « ...le devoir du juge ordinaire d'interpréter le droit interne de façon conforme à la CEDH... est, bien évidemment, subordonné à la tâche prioritaire d'adopter une lecture qui soit constitutionnellement conforme, puisque cette manière de procéder reflète la supériorité axiologique de la Constitution sur la CEDH (arrêts n° 349 et n° 348 de 2007). La plupart du temps, la convergence désirable des opérateurs juridiques et des cours constitutionnelles vers des conceptions communes, en matière de protection des droits inviolables de l'homme, offre une solution du cas concret, capable de concilier les principes qui dérivent de chacune de ces deux sources. Mais, dans les cas extrêmes où cette voie ne peut pas être empruntée, il ne fait aucun doute que le juge doit obéir avant tout à la Charte républicaine »²⁶.

Le juge ordinaire est tenu de se conformer à la « jurisprudence européenne qui s'est consolidée autour de la norme en question (arrêt n° 236 de 2011 et n° 311 de 2009) », « de façon à respecter la substance de cette jurisprudence (arrêt n° 311 de 2009 ; dans le même sens, arrêt n° 303 de 2011) », « tout en respectant la marge d'appréciation qui relève du domaine de l'Etat membre (arrêt n° 15 de 2012 et n° 317 de 2009) ».

Ce n'est qu'un "droit consolidé", né de la jurisprudence européenne²⁷, que le juge interne est tenu de mettre à la base de sa propre démarche interprétative. Aucune obligation n'existe, en revanche, face à des arrêts qui ne sont pas l'expression d'une orientation devenue désormais définitive²⁸.

²⁵ La Cour EDH, dans l'arrêt *Parrillo c. Italie*, 27 août 2015, n'a pas manqué de souligner cette jurisprudence, dans la partie de la motivation qui exclut la nécessité de soulever une question de constitutionnalité pour considérer épuisées les voies internes de recours, contrairement à ce qui avait été soutenu par le gouvernement italien (par. 100).

²⁶ Ce qui montre l'approche hiérarchique des relations entre les deux ordonnancements juridiques qui est à la base de la jurisprudence constitutionnelle italienne, dont la Cour a du mal à s'éloigner : A. Ruggeri, « Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno », *Diritto penale contemporaneo*, n° 2, 2015, p. 4.

²⁷ Les indices « aptes à orienter le juge national dans son parcours de discernement », pour identifier s'il s'agit du droit consolidé, sont : « la créativité du principe affirmé, par rapport au sillon traditionnel de la jurisprudence européenne ; les éventuels éléments de distinguo, ou même de contraste, par rapport aux décisions de la Cour de Strasbourg ; la récurrence d'opinions dissidentes, surtout si alimentées par des robustes déductions ; la circonstance

En résumé, en ce qui concerne les contraintes européennes pour le juge ordinaire, après l'arrêt n° 49/2015, il est possible de dire que:

A) s'il est le juge saisi de l'affaire, il doit donner suite à l'arrêt de la Cour EDH, sauf s'il doute de la constitutionnalité du paramètre interposé. Dans ce cas-là, il doit soulever une question de constitutionnalité, à l'encontre de la loi de ratification, «dans la mesure où, avec celle-ci, il a été donné exécution à une norme dont la constitutionnalité est douteuse» ;

B) s'il n'est pas le juge saisi de l'affaire:

B.1 si l'interprétation de la Cour EDH est consolidée, ou s'il s'agit d'un arrêt pilote, il est tenu de suivre la jurisprudence de Strasbourg, ce qui signifie donner une interprétation conventionnellement orientée de la loi. Si cela n'est pas possible en raison de la lettre de la disposition, il doit soulever une question de constitutionnalité portant sur la loi elle-même, à moins que le juge ne doute de la constitutionnalité du paramètre interposé. En effet, dans cette hypothèse, il doit soulever la question de constitutionnalité concernant ce dernier, à travers la loi de ratification.

B.2 si l'interprétation n'est pas consolidée, « il n'y a pas l'obligation de suivre l'interprétation de la Cour EDH ». Par conséquent, s'il doute de la constitutionnalité de la jurisprudence de Strasbourg, il peut chercher à donner une interprétation constitutionnellement orientée, ou, en conclusion, s'en écarter.

De cette façon, le juge ordinaire récupère lui aussi une certaine marge discrétionnaire dans l'interprétation de la CEDH (que les deux arrêts de 2007 avaient éliminé), même si le contrôle de constitutionnalité des

suisant laquelle ce qui a été décidé provient d'une section simple, sans recevoir l'aval de la Grande Chambre ; le doute que, dans ce cas, le juge européen n'ait pas été mis dans les conditions d'apprécier les traits particuliers de l'ordonnement juridique national, en y étendant les critères de jugement élaborés vis-à-vis des Etats membres qui, à la lumière de ces traits, paraissent être peu adaptés au cas italien ». Cette partie de la décision a été critiquée par la doctrine, voir par exemple, D. Tega, « La sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU », *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 400 ss. ; V. Zagrebelsky, « Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione », *Osservatorio costituzionale*, n° 5, 2015.

²⁸ Voir le paragraphe 7 : « Seulement dans le cas où l'on se trouve face à un “droit consolidé” ou à un “arrêt pilote”, le juge italien sera obligé de suivre la norme individuée à Strasbourg, en adaptant son critère de jugement à celle-ci afin de surmonter des éventuels contrastes par rapport à une loi interne, tout d'abord à travers « chaque instrument herméneutique à sa disposition », ou, dans le cas où cela ne soit pas possible, en utilisant la question de légitimité constitutionnelle (arrêt n° 80/2011). En conséquence et en principe, ce dernier va assumer en tant que norme interposée, le résultat désormais consolidé de la jurisprudence européenne, dont la Cour a plusieurs fois reconnu qu'elle ne pouvait pas « faire abstraction » (*ex plurimis*, arrêt n° 303/2011), sauf dans le cas exceptionnel d'un résultat négatif concernant la conformité de celle-ci, et donc de la loi d'adaptation, à la Constitution (*ex plurimis*, arrêt n° 264/2012), de stricte compétence de cette Cour. Au contraire, dans le cas où il revient au juge ordinaire de s'interroger sur la compatibilité de la norme conventionnelle avec la Constitution, il va sans dire que ce doute, faute d'un “droit consolidé”, est suffisant afin d'exclure cette même norme des contenus potentiels qui peuvent être attribués par voie herméneutique à la disposition de la CEDH, en empêchant ainsi, avec une interprétation constitutionnellement orientée, l'introduction de la question de légitimité constitutionnelle».

lois nationales par rapport au paramètre conventionnel et celui des interprétations de Strasbourg par rapport à la Constitution italienne demeurent entre les mains de la Cour constitutionnelle²⁹.

Si on s'arrêtait à ces données, plusieurs arguments consolideraient la thèse selon laquelle la Cour constitutionnelle italienne « résiste » à la Cour européenne. Mais serait alors dressé un tableau partiel, qui ne rendrait pas compte de l'importance réelle de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg dans son activité et surtout du dynamisme qu'elle a engendré dans un système de justice constitutionnelle plutôt fermé et statique, comme l'est le système italien.

Dans la deuxième partie de cet article, nous chercherons à apporter les preuves de ce dynamisme, en examinant premièrement des données quantitatives (A), puis des données qualitatives, desquelles émerge l'ouverture à la jurisprudence européenne (B), en dépit de quelques « évitements » et divergences (C). Nous terminerons avec des considérations qui cherchent à prendre en compte le dynamisme, d'une part, et les « résistances », d'autre part, afin de vérifier s'il est possible de parler de dialogue (III).

II. Les résultats d'une recherche empirique

A. Quelques données quantitatives

Après avoir présenté les lignes essentielles de la jurisprudence constitutionnelle italienne, qui par ailleurs sont bien connues et ont fait l'objet de nombreux commentaires, il faut chercher à mieux comprendre la nature et la portée réelle des « résistances ». À cette fin, nous exposerons les résultats d'une recherche empirique qui reste la plus vaste et la plus complète réalisée jusqu'à présent³⁰.

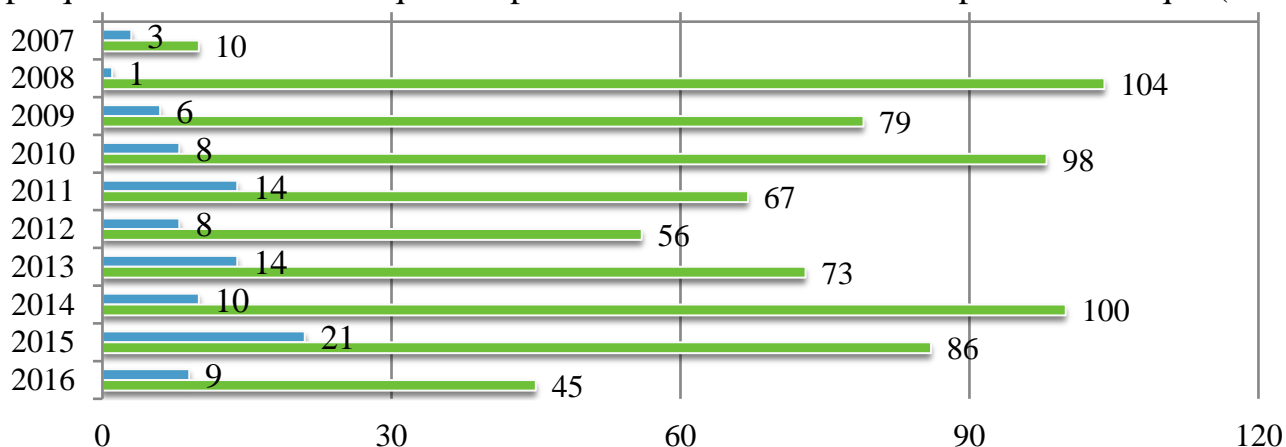
²⁹ Sur le rôle des juges ordinaires dans l'application de la CEDH, voir I. Carlotto, « I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona », in L. Cappuccio, E. Lamarque, *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionale? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, ESI, 2013, pp. 177 ss. ; E. Lamarque, « I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo », in L. Cappuccio, E. Lamarque, *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionale?, cit.*, pp. 241 ss.; A. Ruggeri, « L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi », cit.

³⁰ Nous sommes bien conscients des risques des recherches empiriques qui s'appuient sur des bases de données. Nous restons cependant convaincus qu'en dépit de ces risques, des recherches sur les « grands nombres » peuvent donner des indications intéressantes et ouvrir des pistes de recherche à développer par des analyses qualitatives plus sophistiquées : voir R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 267 ss.

Nous avons, dans un premier temps, développé une recherche sur la base des données de la Cour constitutionnelle³¹, en utilisant les mots-clés "CEDU"; "Convenzione europea dei diritti dell'uomo"; "Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", à partir des arrêts n° 348 et 349/2007³². Nous n'avons considéré que les décisions, rendues sur des questions préjudicielles de constitutionnalité³³, dans lesquelles le paramètre de l'art. 117.1 de la Constitution a été invoqué³⁴.

D'après les résultats, la Cour a rendu 164 décisions (94 arrêts et 70 ordonnances) [Annexe 1] sur des questions de constitutionnalité qui utilisent la CEDH (ou ses protocoles) comme paramètre interposé, ce qui représente le 9,5% du total des décisions sur des questions préjudicielles adoptées lors des années examinées (13,09% des arrêts et 6,89% des ordonnances), soit 1733 (718 arrêts et 1015 ordonnances)³⁵.

Graphique 1 : Arrêts dans lesquels le paramètre conventionnel interposé est invoqué (dès



³¹ www.cortecostituzionale.it: il faut souligner que depuis le 25 juillet 2016 un nouveau moteur de recherche (beaucoup plus efficace que l'ancien) est disponible sur la page web de la Cour constitutionnelle.

³² La recherche ne considère que les décisions adoptées après le 22 octobre 2007 (date de l'arrêt n° 348/2007); comme date finale on a choisi le 30 juin 2016.

³³ Qui sont celles dans lesquelles normalement les questions concernant les droits et les libertés se posent. Néanmoins, des questions qui utilisent les normes conventionnelles interposées peuvent surgir aussi dans le recours par voie d'action: voir l'arrêt n° 308/2013, qui déclare l'inconstitutionnalité pour violation de la norme conventionnelle interposée (principe de la non rétroactivité de la loi). Qui plus est, la CEDH ou la jurisprudence de Strasbourg peuvent jouer un rôle dans l'exercice d'autres compétences de la Cour constitutionnelle, comme le conflit d'attribution entre pouvoirs de l'Etat: voir les arrêts n° 313/2013 et 115/2014 sur l'immunité parlementaire ou l'arrêt n° 52/2016 dans lequel la Cour utilise la jurisprudence européenne pour interpréter la disposition de la Constitution italienne sur les confessions religieuses (art. 8 Const.).

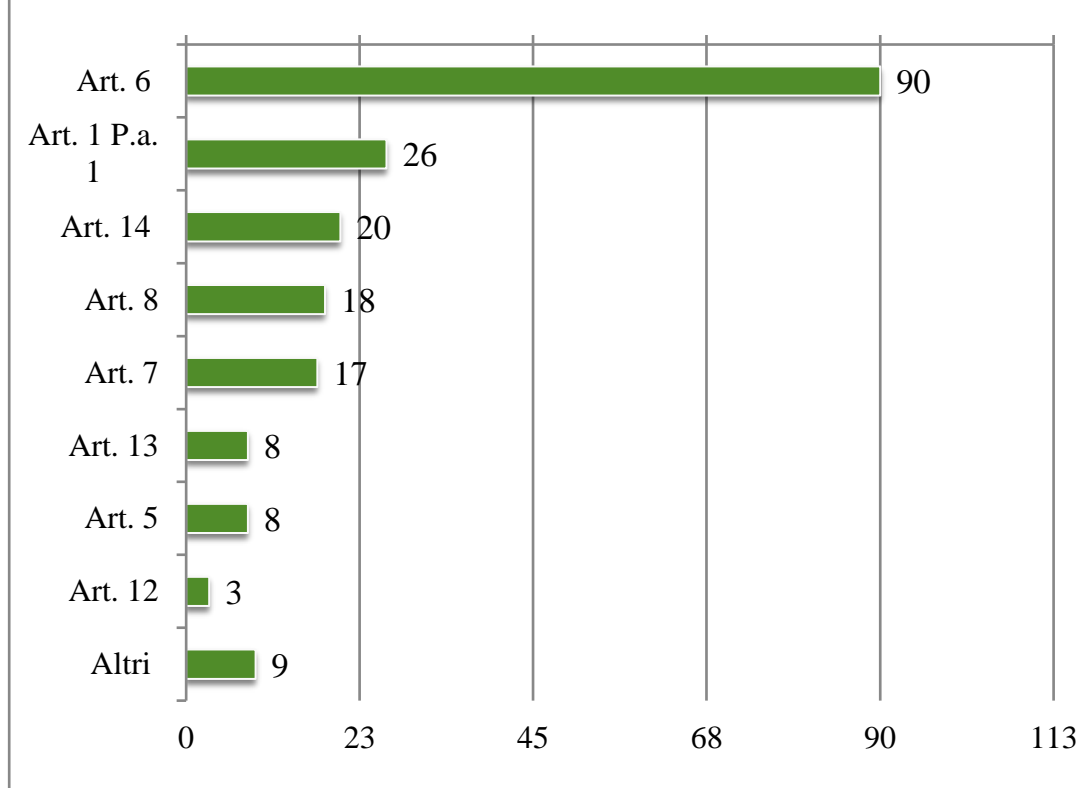
³⁴ A cet égard, on a effectué une recherche par paramètre, en utilisant comme paramètre l'art.117.1. On a trouvé 429 décisions, qu'on a passées en revue, pour vérifier, décision par décision, les paramètres invoqués. On a trouvé que tous les arrêts de la recherche par mots-clés y sont compris. Il y a en outre, 3 décisions qui, pour des raisons inconnues, n'ont pas été trouvées à travers la recherche par mots-clés, il s'agit des ordonnances n° 111/2010; 222/2011; 261/2013.

³⁵ Le nombre total des décisions nous est donné par les relations annuelles des Présidents de la Cour constitutionnelle. Pour les années 2007 et 2016, les données ont été élaborées par nous-mêmes.

Ce n'est que dans 29 décisions, dont 13 arrêts, que l'art. 117.1 et la CEDH sont l'unique paramètre invoqué³⁶. Dans les autres, à côté du paramètre conventionnel, le juge *a quo* invoque aussi des paramètres internes³⁷.

L'examen des paramètres conventionnels les plus souvent invoqués, à titre de normes interposées, par les juges *a quo*, montre une claire prévalence de l'art. 6 de la CEDH et de l'art. 1 du Protocole 1.

Graphique 2 : Paramètres conventionnels interposés invoqués



Parmi les 164 décisions, celles qui contiennent une déclaration d'inconstitutionnalité pour violation du paramètre conventionnel interposé (en commençant par les arrêts n° 348 et 349/2007) sont au nombre de 27³⁸, soit 16,46% du nombre total de saisines de conventionnalité (28,72% si on ne considère que les

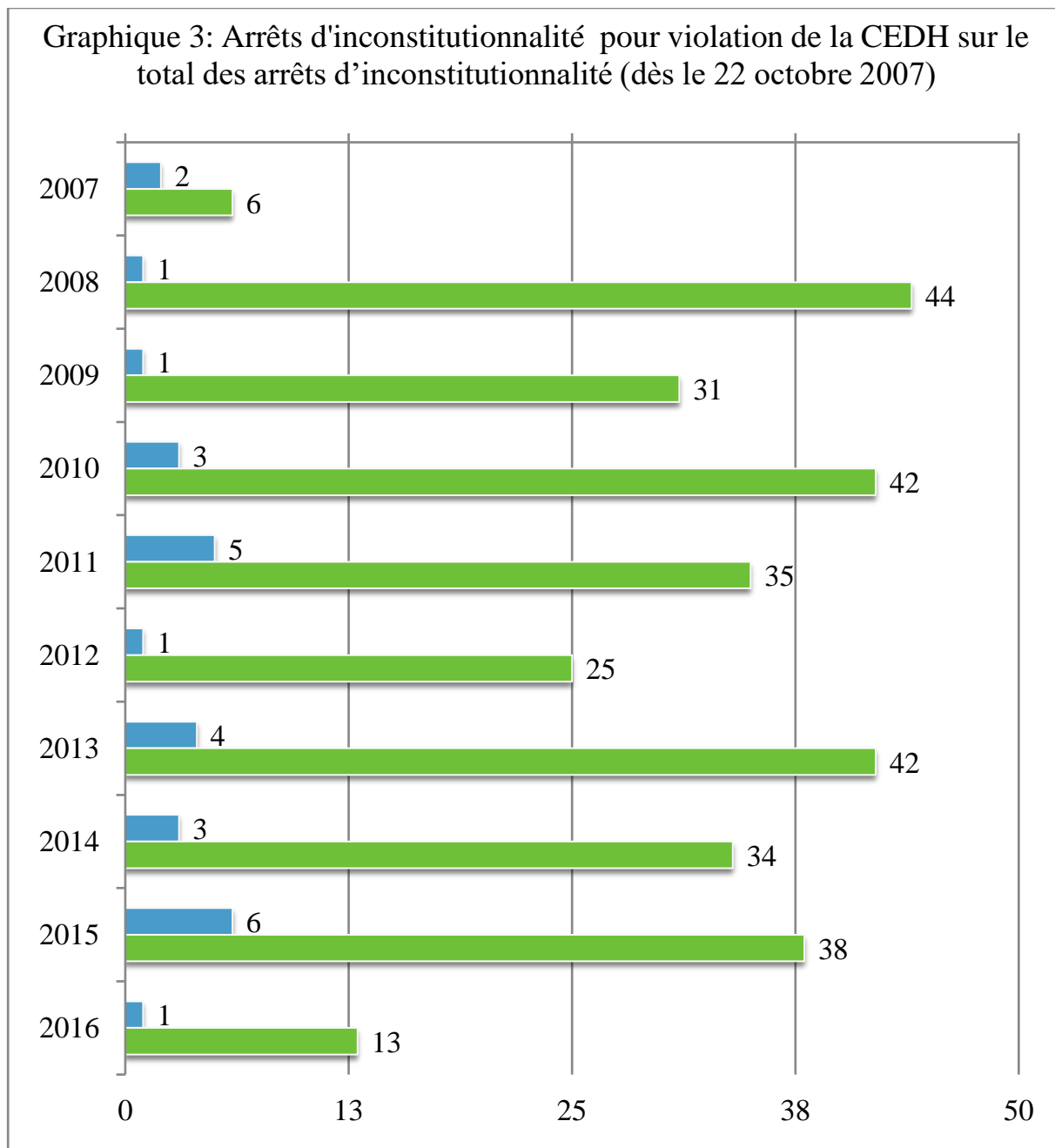
³⁶ Voir les arrêts n° 311/2009; 187/2010; 80/2011; 113/2011; 236/2011; 264/2012; 210/2013; 227/2014; 150/2015; 157/2015; 184/2015; 90/2016; 102/2016.

³⁷ Nous verrons dans la suite de cet article l'importance de cet élément, qui reconnaît à la Cour constitutionnelle la possibilité d'un usage « sélectif » du paramètre.

³⁸ Nous avons effectué une recherche sur les 162 décisions de l'Annexe 1, avec les mots-clés « dichiara l'illegittimità costituzionale », « dichiara la illegittimità costituzionale ». Voir les arrêts n° 348/2007 ; 349/2007 ; 39/2008 ; 317/2009 ; 93/2010 ; 187/2010 ; 196/2010 ; 113/2011 ; 181/2011 ; 245/2011 ; 329/2011 ; 338/2011 ; 78/2012 ;

arrêts). Ce qui représente, en moyenne, 8,7% du total des déclarations d'inconstitutionnalité (qui sont 310)³⁹, avec un maximum de 18,4% en 2015.

Graphique 3: Arrêts d'inconstitutionnalité pour violation de la CEDH sur le total des arrêts d'inconstitutionnalité (dès le 22 octobre 2007)



40/2013 ; 170/2013 ; 202/2013 ; 210/2013; 135/2014 ; 187/2014 ; 191/2014 ; 22/2015 ; 97/2015 ; 109/2015 ; 184/2015 ; 229/2015 ; 260/2015 ; 36/2016.

³⁹ Le nombre total des déclarations d'inconstitutionnalité nous est donné par les relations annuelles des Présidents de la Cour constitutionnelle. Pour les années 2007 et 2016, les données ont été élaborées par nous-mêmes.



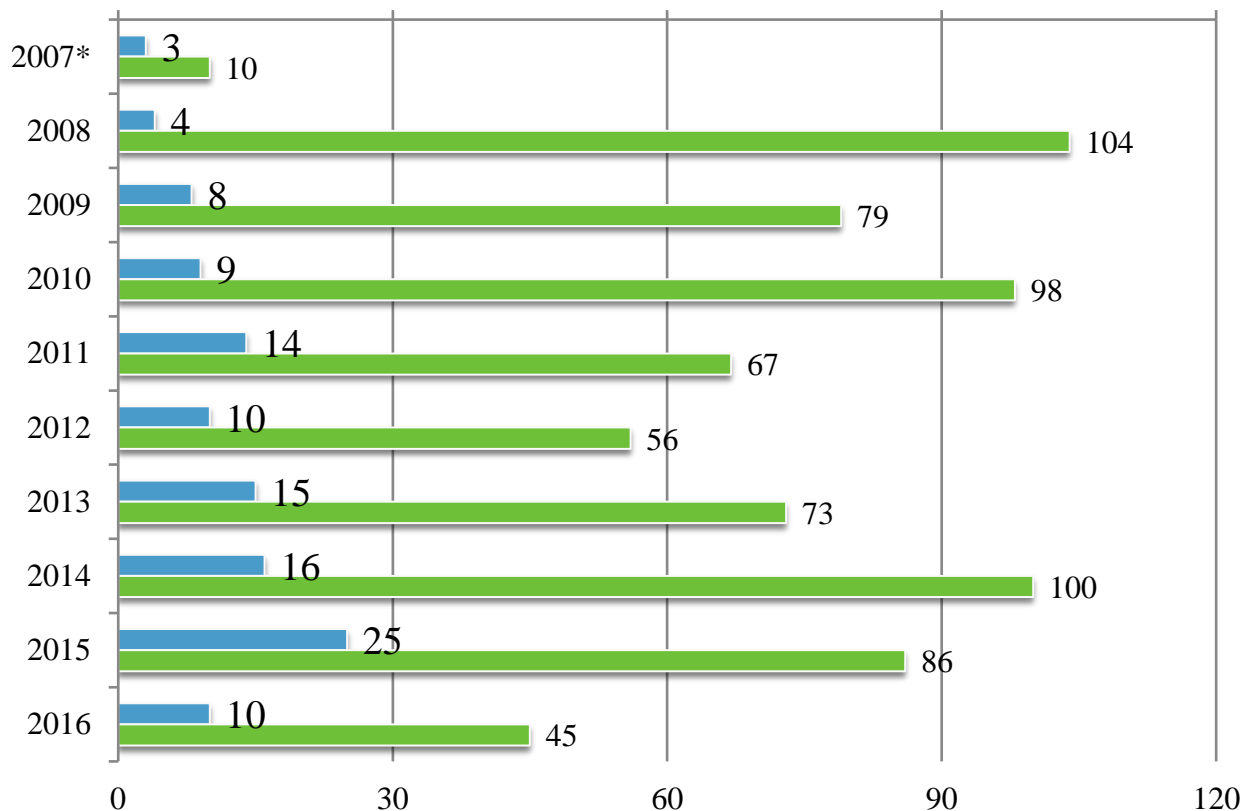
En deuxième lieu, nous avons effectué une recherche, sur la même base de données, en considérant ici aussi la période suivante aux arrêts n° 348 et 349/2007⁴⁰, avec les mots-clés "Corte Europea dei diritti dell'Uomo"; "Corte EDU" ; "Corte di Strasburgo".

Nous avons trouvé, au total, 177 décisions, dont 114 arrêts et 63 ordonnances qui font référence à la Cour européenne [Annexe 2].

Ce nombre a connu une croissance continue, et une accélération ultérieure est survenue après l'arrêt n° 49/2015. De fait, depuis cet arrêt, 39 décisions (arrêts et ordonnances) faisant référence à la jurisprudence de la Cour EDH ont été adoptées. Elles représentent, en moyenne, 10,21% des décisions sur des questions préjudicielles au cours de toute la période (sur un total, comme nous l'avons déjà dit, de 1733 décisions : 15,87% des arrêts et 6,2% des ordonnances), avec un pic qui atteint 22,05% en 2015.

⁴⁰ Avant cette date, il y avait quelques décisions dans lesquelles des arrêts de Strasbourg, avaient été utilisés pour interpréter la Constitution italienne (parmi les affaires les plus connues, il est possible de mentionner l'arrêt n° 231/1985, sur le droit à l'identité sexuelle et l'arrêt n° 61/2006, sur la transmission automatique aux enfants du nom paternel): nous avons trouvé 14 arrêts et 8 ordonnances, pour un total de 22 décisions qui mentionnent la Cour européenne.

Graphique 4 : Arrêts qui font référence à la Cour EDH (dès le 22 octobre 2007) sur le total des arrêts sur des questions préjudicielles



Parmi les arrêts qui font référence à la jurisprudence européenne, 84 se réfèrent à un ou plusieurs arrêts de la Cour EDH, tandis que dans les 30 autres il y a des références génériques à la jurisprudence de la Cour EDH, sans citations ponctuelles. Pour ce qui relève des ordonnances, 34 se réfèrent à un ou plusieurs arrêts de Strasbourg, alors que dans les 29 autres il n'y a que des références génériques.

Quand la Cour cite des arrêts européens spécifiques, dans la grande majorité des cas (72 arrêts sur 85) l'argument est analysé dans la partie « en droit », tandis que dans 13 arrêts il n'est considéré que dans la partie « en fait »⁴¹.

Compte tenu de la structure de la motivation, il n'est pas facile d'arriver à déterminer qui a introduit les précédents européens, plus précisément de savoir si c'était le juge dans l'ordonnance de renvoi, les parties,

⁴¹ Dans les arrêts de la Cour constitutionnelle italienne la motivation se partage en deux parties : la partie « en fait », où l'ordonnance de renvoi et les mémoires des parties sont résumés, et la partie « en droit », où la Cour analyse les questions de constitutionnalité proposées et donne la motivation de sa décision.

ou la Cour elle-même, car la Cour ne donne qu'une synthèse extrêmement réduite de l'ordonnance de renvoi et des arguments des parties. En acceptant une certaine marge d'erreur, la lecture de la partie « en fait » (qui contient cette synthèse) nous montre que dans une vaste majorité des décisions la jurisprudence européenne est introduite par le juge « *a quo* » (109 décisions), dans un bon nombre de cas par la Cour elle-même (61 décisions) et seulement dans une minorité exigüe par les parties (7 décisions).

Quant au style des citations, il faut dire qu'on ne trouve pas souvent des citations textuelles de parties intégrales des arrêts de Strasbourg, mais la plupart du temps il n'y a que des simples références, avec une synthèse de la jurisprudence européenne élaborée par la Cour constitutionnelle elle-même. Rarement, la Cour constitutionnelle cite, entre guillemets, des passages entiers des arrêts de la Cour EDH, toujours dans la traduction italienne, probablement faite par la Cour elle-même ; elle le fait par exemple lors des références à une « règle de droit » de la jurisprudence européenne, et en particulier à l'égard des limitations concernant la rétroactivité des lois (voir par exemple les arrêts n° 257/2011 ; 15/2012 ; 227/2014).

Quant aux arrêts européens mentionnés, 195 arrêts de la Cour EDH sont cités, parmi lesquels 41 (21,02%) de la Grande Chambre⁴².

Parmi les arrêts cités, 83 concernent l'Italie (42,56%), 16 la France (8,20%); 14 le Royaume Uni (7,17%); 10 la Grèce (5,12%); 10 l'Allemagne (5,12%) et 9 l'Autriche (4,61%)⁴³.

L'attention accordée aux arrêts dans lesquels l'Italie ne figure pas en tant que partie répondante est intéressante. La Cour clarifie son point de vue à cet égard dans l'arrêt n° 170/2013, au sujet de la rétroactivité des lois civiles. Après avoir cité les arrêts *Ogiz Institut Stanislas c. France*, 27 mai 2004 ; *Papageorgiou c. Grèce*, 22 octobre 1997 ; *National & Provincial Building Society c. Royaume Uni*, 23 octobre 1997, la Cour affirme que : « Les arrêts cités auparavant, bien que n'étant pas directement adressés à l'Italie, contiennent des considérations générales, que la Cour européenne elle-même estime applicables au-delà du cas spécifique *et que cette Cour considère contraignantes pour l'ordonnement italien aussi* » (nous mettons en italique).

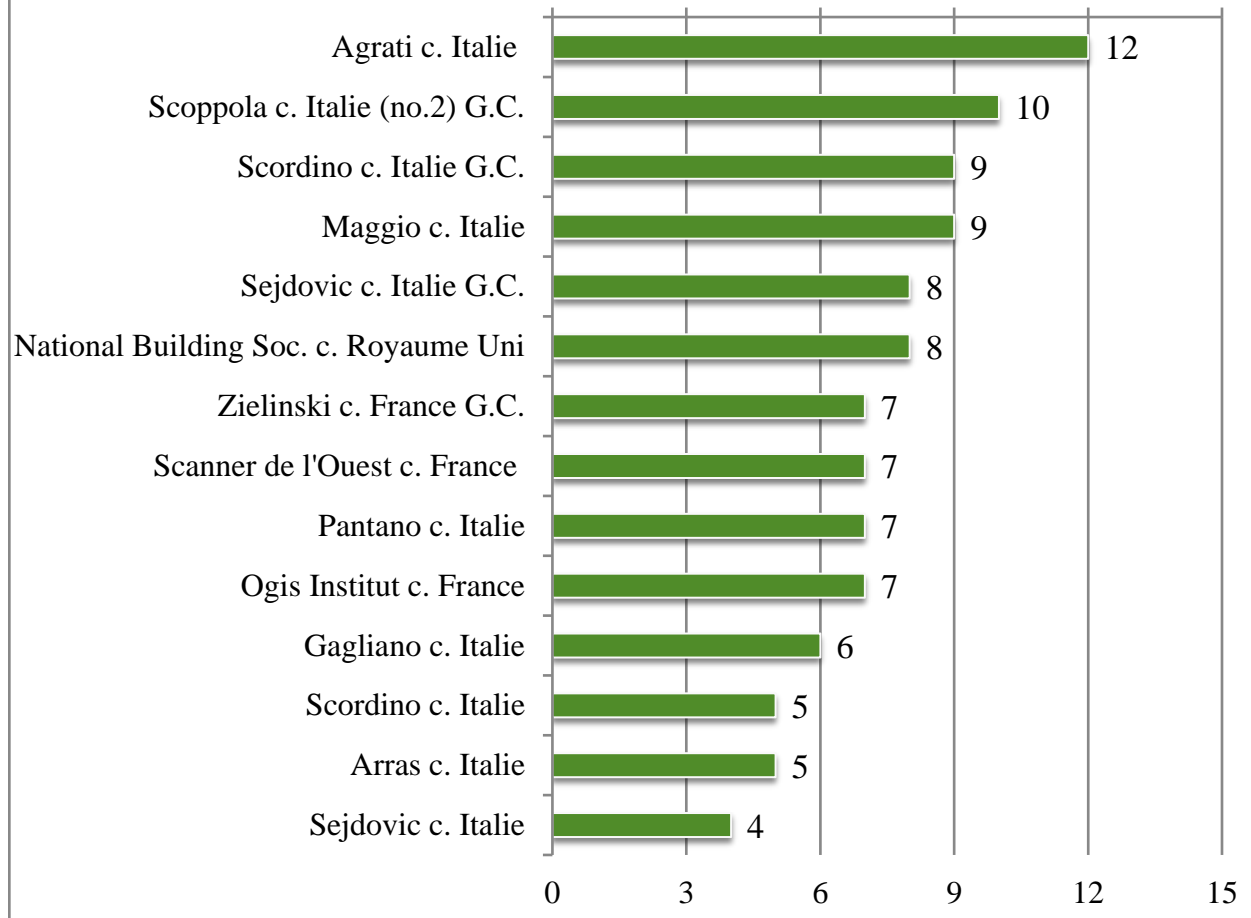
Le graphique suivant montre les arrêts de la Cour EDH cités le plus souvent⁴⁴.

⁴² Les arrêts-pilote citées sont trois : *Broniowski c. Pologne*; *Hutten Czapska c. Pologne* et *Torreggiani c. Italie*.

⁴³ Les autres décisions concernent: Belgique (4), Bulgarie (4), Chypre (1), Croatie (1), Danemark (1), Géorgie (1), Finlande (3), Lettonie (1), Luxembourg (1), Malte (2), Pays Bas (4), Pologne (5), Portugal (1), Roumanie (4), Saint-Marin (1), Slovénie (1), Espagne (2), République Tchèque (1), Russie (2), Serbie (1), Suède (3), Suisse (3), Turquie (4); Ukraine (2).

⁴⁴ Les données se réfèrent au nombre de décisions de la Cour constitutionnelle qui citent les arrêts mentionnés, indépendamment du nombre de citations.

Graphique 5 : Les arrêts de la Cour EDH cités par la Cour constitutionnelle

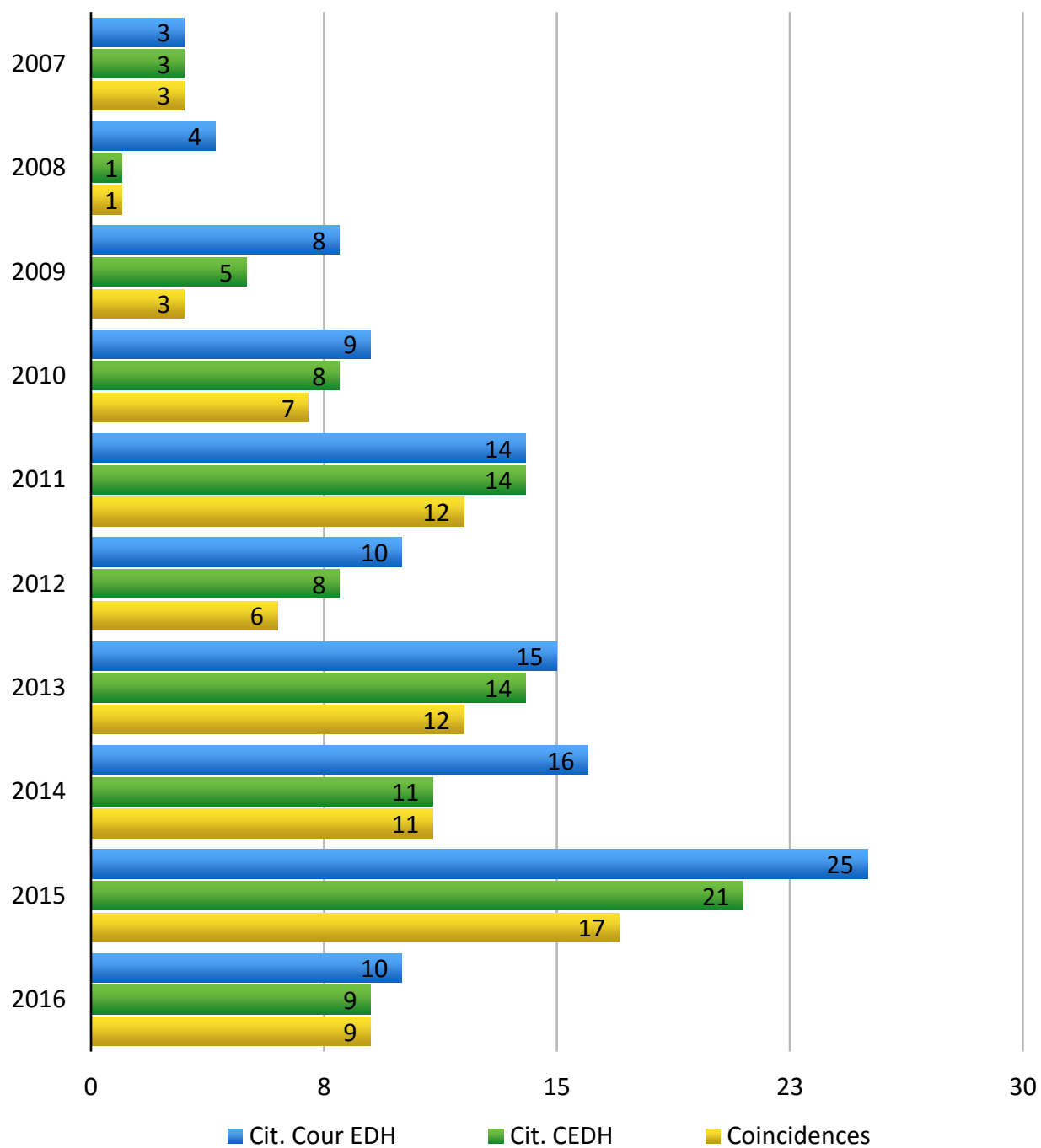


L'analyse de ces données, démontre déjà que la jurisprudence européenne est citée dans un nombre de décisions (177) supérieur par rapport à l'ensemble de celles qui décident des saisines soulevées pour violation de la norme conventionnelle interposée (164). Parmi ces dernières il faut considérer qu'on observe, surtout parmi les ordonnances, de nombreuses décisions d'irrecevabilité ou dans lesquelles le contrôle de conventionnalité n'est pas, pour maintes raisons, effectué.

Si on compare les deux groupes [Annexe 1 et Annexe 2], on constate que dans 127 décisions (dont 81 arrêts) [Annexe 3] on trouve soit une invocation du paramètre conventionnel, soit la citation de la jurisprudence de la Cour EDH. Il y a donc 50 décisions (dont 33 arrêts) qui contiennent des références à la jurisprudence de Strasbourg sans que la CEDH soit invoquée comme paramètre, tandis que dans d'autres 37 autres décisions (dont 13 arrêts)⁴⁵, il n'y a pas des références à la jurisprudence de Strasbourg, même si le

⁴⁵ Voir les arrêts n° 20/2009; 214/2009; 281/2010; 41/2011; 304/2011; 111/2012; 223/2012; 186/2013; 302/2013; 18/2015; 186/2015; 260/2015; 78/2016.

Graphique 6 : Comparaison parmi les arrêts dans lesquels le paramètre conventionnel interposé est invoqué et ceux qui font référence à la Cour EDH (dès le 22 octobre 2007)



Nous pouvons ainsi en déduire que, lorsque la Cour effectue le contrôle de conventionnalité, ce qui est souvent le cas des arrêts du premier groupe⁴⁶, elle fait normalement référence aux arrêts de Strasbourg⁴⁷. En même temps, les données examinées nous montrent que les références à la jurisprudence de Strasbourg dépassent le nombre de cas dans lesquels la Cour constitutionnelle utilise la norme conventionnelle interposée.

Un examen qualitatif, basé sur la lecture intégrale du texte des arrêts⁴⁸, pourra alors nous aider à mieux comprendre cette double perspective.

B. La jurisprudence européenne en tant que source de dynamisme

La jurisprudence de la Cour EDH a représenté, à partir de 2007, une importante (et nous pourrions même dire la principale) source de dynamisme dans le système de justice constitutionnelle italien⁴⁹.

Il s'agit d'un système qui, du point de vue comparé, peut être considéré de plus en plus "fermé", sur la base de plusieurs éléments⁵⁰: pour les questions relatives aux droits et libertés il n'y a que l'accès par voie d'exception (question préjudicielle); la plupart du temps la Cour résout des questions sur la répartition des compétences entre l'État et les régions; les opinions dissidentes, qui sont des véhicules très importants pour l'évolution de la jurisprudence, ne sont pas autorisées; les *amici curiae* aussi ne sont pas admis, ce qui contribue à faire du processus constitutionnel un rituel vide; les citations de jurisprudences étrangères sont presque inexistantes; le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne est très peu utilisé (il n'y a eu que deux renvois jusqu'à présent)⁵¹.

⁴⁶ Sauf ceux où elle déclare l'inconstitutionnalité pour un paramètre autre que l'art.117.1 (qui est considéré absorbé), comme on verra *infra*, ou les arrêts d'inadmissibilité pour des raisons procédurales (même si, normalement, cette inadmissibilité est déclarée par ordonnance).

⁴⁷ Les arrêts d'inconstitutionnalité pour inconstitutionnalité peuvent être considérés révélateurs de cette tendance : voir *infra*, dans le texte.

⁴⁸ L'analyse ne tient compte que des arrêts, bien qu'il ne soit pas possible de nier l'importance que les ordonnances peuvent parfois avoir. Nous avons effectué l'analyse intégrale de 126 arrêts : les 81 arrêts qui coïncident, les 13 de la première recherche qui ne coïncident pas et les 33 de la deuxième recherche qui ne coïncident pas.

⁴⁹ G. Amato, *Corte costituzionale e corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 80.

⁵⁰ T. Groppi, « Giustizia costituzionale 'Italian style'? Sì, grazie (ma con qualche correttivo) », *DPCE online*, n° 2, 2016.

⁵¹ Ainsi les ordonnances n° 103/2008 et 207/2013, cette dernière pour la première fois dans le contrôle par voie d'exception. Il faut aussi relever que les références aux arrêts de la Cour de Justice sont moins nombreuses que celles aux arrêts de la Cour EDH. Une recherche sur la base de données mentionnée à la note 31, avec les mots-clés « Corte di Lussemburgo », « Corte di giustizia della Comunità europea », « Corte di giustizia dell'Unione europea », « CGUE » a produit un total de 82 décisions (57 arrêts et 25 ordonnances). Cela n'est guère surprenant, car l'application directe du droit de l'UE implique que très peu de saisines soient soulevées devant la Cour constitutionnelle et que la plupart des affaires qui touchent l'application du droit de la UE restent entre les mains des juges ordinaires.

L'affirmation ci-dessus s'avère évidente, en premier lieu, après l'examen des 27 déclarations d'inconstitutionnalité pour violation du paramètre conventionnel interposé : en effet, elles font presque toutes référence à un ou à plusieurs arrêts de la Cour EDH.

Il n'y a que quatre arrêts où la référence à la jurisprudence européenne est générique. Il s'agit tout d'abord des arrêts n° 329/2011, 40/2013 et 22/2015, qui déclarent l'inconstitutionnalité – pour violation de l'art. 14 de la Convention – des normes limitant les droits sociaux des étrangers, car jugées discriminatoires. La raison de ces références génériques est très simple : il s'agit d'une série de décisions, toutes écrites par le même juge-rédacteur, qui commencent à partir de l'arrêt n° 187/2010. Dans cet arrêt, où l'art. 117.1 était le seul paramètre invoqué par le juge *a quo*, de nombreux précédents de la Cour EDH sont cités, alors que dans les arrêts suivants il n'a été fait référence qu'aux précédents de la Cour constitutionnelle en commençant par l'arrêt n° 187/2010. Aucune référence à la jurisprudence de la Cour EDH se trouve non plus dans l'arrêt n° 260/2015, qui déclare l'inconstitutionnalité d'une norme rétroactive en matière de contrats de travail, en s'appuyant sur un précédent de la Cour constitutionnelle et avec des citations de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE.

L'examen de ces arrêts, qui permettent souvent la mise en exécution des arrêts de Strasbourg pour remédier à des violations structurelles⁵², montre que la jurisprudence de la Cour EDH influence l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne. Cela conduit à un significatif degré de convergence⁵³, même si cela implique une correction des orientations précédentes⁵⁴.

⁵² Il est possible de considérer comme exécution des arrêts de Strasbourg les arrêts n° 348/2007, 349/2007, 181/2011 (*Scordino c. Italie*, 29 mars 2006) ; 39/2008 (*Vitiello c. Italie*, 23 mars 2006) ; 317/2009 (*Sejdovic c. Italie*, 1 mars 2006) ; 93/2010, 135/2014, 97/2015, 109/2015 (*Bocellari e Rizza c. Italie*, 13 novembre 2007) ; 210/2013 (*Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009) ; 229/2015 (*Costa Pavan c. Italie*, 28 août 2012) .

⁵³ M. Cartabia, « La tutela multilivello dei diritti fondamentali », *cit.* Si on considère d'autres compétences de la Cour constitutionnelle, notamment le conflit d'attribution entre les pouvoirs étatiques, il faudrait mentionner aussi l'évolution de la jurisprudence sur l'immunité parlementaire, comme conséquence des arrêts *Cordova c. Italie*, 30 janvier 2003 ; *Cordova c. Italie (n.1)*, 30 janvier 2003 ; *CGIL et Cofferati c. Italie*, 24 février 2009 : voir les arrêts n° 313/2013 et 115/2014.

⁵⁴ C'est le cas des arrêts n° 348/2007 (qui renverse l'arrêt n° 283/1993) ; 349/2007 (par rapport à l'arrêt n° 148/1999) ; n° 196/2010 (par rapport à l'arrêt n° 392/1987) ; n° 113/2011 (par rapport à l'arrêt n° 129/2008) ; n° 181/2011 (par rapport à l'arrêt n° 261/1997) ; n° 338/2011 (par rapport à l'arrêt n° 251/2000). Il se peut aussi que, bien que le juge *a quo* demande à la Cour de modifier sa jurisprudence précédente au nom de la jurisprudence de la Cour EDH, la Cour maintienne sa position. C'est le cas par exemple de l'arrêt n° 311/2009, dans lequel la Cour interprète la jurisprudence de la Cour EDH sur la rétroactivité des lois civiles de façon à lui permettre de confirmer, cette fois-ci en relation à l'art. 117.1, sa décision de rejet n° 234/2007, rendue sur d'autres paramètres. Dans la décision *Agrati c. Italie*, 7 juin 2011, la Cour EDH a censuré cette lecture donnée par la Cour constitutionnelle de sa jurisprudence, en niant l'existence des raisons impératives d'intérêt général que la Cour constitutionnelle avait évoquées. Elle a précisé que, « s'agissant de la décision de la Cour constitutionnelle, la Cour rappelle qu'il ne saurait suffire d'établir la conformité de la loi n° 266 de 2005 avec les dispositions de la Convention » (par. 62).

Les déclarations d'inconventionnalité ont déterminé un changement normatif dans les domaines suivantes:

- calcul de l'indemnisation et autres aspects de l'expropriation pour utilité publique (arrêts n° 348, 349/2007 et 181/2011, 338/2011, 187/2014) ;
- application du principe de non-discrimination dans l'accès des étrangers aux droits sociaux (arrêts n° 187/2010, 329/2011, 40/2013, 22/2015) ;
- regroupement familial des étrangers (arrêt n° 202/2013) ;
- droit au mariage de l'étranger qui ne possède pas un document qui atteste la légalité de son séjour (arrêt n° 245/2011) ;
- procréation médicalement assistée: sanctions indiscriminées pour toutes les conduites ayant des fins eugéniques, y compris celles visant à empêcher l'implantation d'un embryon affecté par une maladie génétique (arrêt n° 229/2015) ;
- faillite : incapacités personnelles liées à l'état de faillite (arrêt n° 39/2008);
- non rétroactivité de la loi civile (arrêts n° 78/2012, 170/2013, 191/2014, 260/2015) ;
- non rétroactivité de la sanction de confiscation obligatoire du véhicule en cas de conduite en état d'ivresse (arrêt n° 196/2010) ;
- procès pénal, sous différents aspects: a) publicité obligatoire des débats judiciaires (arrêts n° 93/10, 135/2014, 97/2015, 109/2015) ; b) exclusion de la procédure de contumace (arrêt n° 317/09) ; c) réparation pour délai excessif du procès (arrêts n° 184/2015 et 36/2016) ; d) nécessité d'un mécanisme pour la révision du procès pénal suite à la condamnation de la part de la Cour EDH (arrêt n° 113/2011) ;
- le principe de la rétroactivité de la loi pénale moins sévère, qui se traduit « dans la norme selon laquelle, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé de l'arrêt définitif sont diverses, le juge doit appliquer celles dont les dispositions sont les plus favorables pour l'accusé » (arrêt n° 210/2013).

Deuxièmement, dans d'autres arrêts dans lesquels elle réalise le contrôle de conventionnalité, la Cour constitutionnelle montre également sa volonté de donner suite à la jurisprudence de la Cour EDH, même si enfin elle ne parvient pas, pour différentes raisons, à une déclaration d'inconstitutionnalité. C'est le cas de l'arrêt n° 279/2013 qui, par rapport à l'arrêt pilote de la Cour EDH *Torreggiani c. Italie*, 8 janvier 2013, sur les conditions carcérales contraires à la dignité humaine à cause des espaces restreints, retient inadmissible

Successivement, la Cour constitutionnelle a souvent mentionné la décision *Agrati*, principalement dans des décisions de rejet (257/2011 ; 303/2011 ; 15/2012 ; 230/2012 ; 227/2014 ; 127/2015 ; 132/2016), mais aussi pour déclarer l'illégitimité pour violation de la CEDH, en cas d'absence de considérables « raisons impératives d'intérêt général » (78/2012 ; 170/2013 ; 191/2014).

la question, car cela rendrait nécessaire l'adoption d'un arrêt « additif », qui ne serait pas à *rime obbligate* (c'est-à-dire, dont le seul contenu possible n'est pas déterminé directement par la Constitution). C'est également le cas de l'arrêt n° 30/2014, sur la compensation équitable pour la durée non raisonnable du procès, où l'irrecevabilité s'accompagne d'un avertissement au législateur afin qu'il se conforme à la jurisprudence de la Cour EDH⁵⁵. C'est encore le cas de l'arrêt n° 71/2015 portant sur la soi-disant « acquisition réparatrice » (« *acquisizione sanante* »), par rapport à laquelle la Cour se prononce par une décision interprétative de rejet: elle affirme, en effet, que pour éviter une violation de la Convention telle qu'interprétée par la Cour dans le cas *Scordino*, il faut donner une interprétation conforme à la disposition faisant l'objet de la saisine. Ici, la jurisprudence de la Cour EDH joue un rôle décisif, compte tenu du fait que toutes les autres censures, concernant les paramètres internes (3, 24, 42, 97, 111 e 113), ont été rejetées en raison de leur non fondement⁵⁶. Troisièmement, la jurisprudence de la Cour EDH peut jouer un rôle important dans l'interprétation des paramètres constitutionnels même quand le juge *a quo* n'évoque pas explicitement l'art. 117.1⁵⁷.

Il est possible de citer l'arrêt n° 239/2009, portant sur les conséquences de la décision sur la recevabilité dans l'affaire *Sud Fondi c. Italie*, 30 août 2007⁵⁸, qui a considéré la confiscation comme une sanction pénale. Dans le cas d'espèce, la Cour déclare l'inadmissibilité de la question, car elle demande au juge *a quo* une interprétation conventionnellement conforme.

Dans d'autres arrêts, la Cour déclare l'inconstitutionnalité « interne » des normes censurées, faisant référence « *ad adiuvandum* » à la jurisprudence de Strasbourg. C'est le cas, notamment, de l'arrêt n° 143/2013, concernant la constitutionnalité des restrictions aux entretiens téléphoniques des détenus soumis

⁵⁵ «C'est précisément sous ce profil – d'ailleurs objet de censure de la part du juge *a quo* – que la mesure interne, telle qu'actuellement disciplinée par la loi Pinto, paraît déficitaire. La Cour EDH, en effet, a retenu que le renvoi de la possibilité de recours pour la définition de la procédure dans laquelle un retard a été enregistré, compromet son efficacité et le rend incompatible avec les conditions requises par la Convention» (considéré en droit par. 4.1).

⁵⁶ Il faut considérer aussi les décisions interprétatives de rejet, qui donnent une interprétation de la disposition compatible avec le paramètre conventionnel : arrêt n° 153/2012 ; 221/2015.

⁵⁷ Nous avons examiné le 33 arrêts dans lesquels il y a des références (ponctuelles ou génériques) à la jurisprudence de Strasbourg sans que le paramètre conventionnel soit invoqué: n° 129/2008 ; 219/2008 ; 306/2008 ; 24/2009 ; 56/2009 ; 239/2009 ; 262/2009 ; 266/2009 ; 113/2010 ; 139/2010 ; 164/2011 ; 21/2012 ; 31/2012 ; 110/2012 ; 301/2012 ; 57/2013 ; 143/2013 ; 216/2013 ; 98/2014 ; 120/2014 ; 238/2014 ; 274/2014 ; 277/2014 ; 48/2015 ; 56/2015 ; 100/2015 ; 146/2015 ; 178/2015 ; 234/2015 ; 236/2015 ; 12/2016 ; 32/2016 ; 84/2016. Il faut signaler l'arrêt n° 219/2008, dans lequel le paramètre est l'art. 76 de la Constitution et la norme interposée est la loi de délégation. Cependant, cette dernière se référant aux principes internationaux, un contrôle indirect de conventionnalité s'impose. Dans l'arrêt n°100/2015 la Cour EDH est mentionnée, mais pas en raison de sa jurisprudence. Nous avons tout de même considéré ces arrêts parmi les 33.

⁵⁸ La décision sur le fond, *Sud Fondi c. Italie*, 20 janvier 2009, est intervenue après l'ordonnance de renvoi à la Cour constitutionnelle, mais précède la décision de celle-ci.

au régime de 41-bis avec leur avocat. Ici, le paramètre conventionnel interposé n'est pas expressément cité, mais l'arrêt *Öcalan c. Turquie*, 12 mars 2003 a joué un rôle décisif pour l'interprétation de l'art. 24 Const. Il convient également de mentionner l'arrêt n° 178/2015 en matière de liberté syndicale. Le blocage des négociations collectives pour l'emploi public est déclaré inconstitutionnel pour violation de l'art. 39 Const., mais la motivation de la décision s'appuie sur la jurisprudence de la Cour EDH, notamment sur l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008.

La jurisprudence de Strasbourg peut être par ailleurs utilisée, *ad adiuvandum*, pour justifier une décision de rejet, comme dans l'arrêt n° 274/2014, dans lequel la Cour rejette une question soulevée par rapport des articles 2, 3, 32 Const., tout en citant une décision de Strasbourg, *Durissimo c. Italie*, 6 mai 2014, qui peu de temps avant avait rejeté la même question s'agissant de la CEDH. C'est le cas également de l'arrêt n° 84/2016, concernant l'interdiction de faire de la recherche sur les embryons, dans lequel la Cour justifie cette prohibition sur la base de la Constitution italienne, en soulignant –grâce à un examen minutieux de l'arrêt *Parrillo c. Italie*, 27 août 2015 – qu'elle n'est pas en collision avec les paramètres européens.

Il peut arriver également que la Cour analyse la compatibilité de la disposition par rapport à la CEDH telle qu'interprétée par Strasbourg, afin d'argumenter dans le sens du non-fondement de la question, et cela même si la CEDH n'avait pas été invoquée en tant que norme interposée. Cela s'est produit, par exemple, dans l'arrêt n° 234/2015, sur la constitutionnalité de la norme qui interdit la réhabilitation du notaire déjà destitué suite à une condamnation pénale, (soulevée par rapport aux arts. 3 et 27.3 Const. et rejeté même en référence à l'art. 8 CEDH), et de l'arrêt n° 12/2016. Dans ces décisions, la Cour démontre, en citant longuement la jurisprudence de la Cour EDH, que, selon les principes européens, le fait que la demande de constitution de partie civile n'ait pas été examinée ne représente pas une violation de l'art. 6 de la CEDH, pourvu que l'ordonnancement offre d'autres remèdes accessibles pour faire valoir la même revendication.

Enfin, la Cour constitutionnelle peut utiliser la jurisprudence européenne comme « argument de droit comparé », pour montrer qu'il existe des tendances jurisprudentielles en Europe. Elle l'a fait par exemple dans l'arrêt n° 301/2012, considérant que le droit à la vie sexuelle des détenus, quoiqu'il n'ait pas encore été reconnu par la Cour de Strasbourg, est au centre d'un mouvement de réforme en droit comparé, qui n'a pas manqué d'être apprécié par celle-ci. De même, dans l'arrêt n° 146/2015, dans lequel la Cour justifie la rétroactivité de la loi qui avait consacré l'égalité entre enfants naturels et les enfants légitimes, sur la base des raisons impératives d'intérêt général, telles que la nécessité de garantir l'égalité des enfants, car il s'agit d'une valeur ancrée à la fois dans la Constitution italienne et dans la CEDH (à cet égard est cité l'arrêt de la Cour EDH *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979).

C. « Évitements », « double paramètre » et possibles divergences

Si les arrêts que nous venons de mentionner montrent une attitude d'ouverture face à la jurisprudence européenne, il y en a d'autres où cette tendance apparaît moins clairement.

En premier lieu, la Cour semble tirer parti d'une certaine ambiguïté concernant le choix du paramètre, qui découle des normes régissant le procès constitutionnel⁵⁹: lorsque, plusieurs paramètres sont évoqués dans la saisine, la Cour est libre de choisir l'ordre dans lequel elle les examinera. Si elle déclare l'inconstitutionnalité pour violation d'un paramètre, elle peut examiner ou ne pas examiner les autres. Cela signifie que la Cour constitutionnelle peut faire un usage « sélectif » des paramètres invoqués.

Il arrive souvent que la Cour, saisie par le juge *a quo* par rapport à de nombreux paramètres (y compris celui conventionnel), déclare l'inconstitutionnalité pour violation du paramètre interne, sans examiner le paramètre conventionnel⁶⁰, qui est alors considéré comme étant « absorbé »⁶¹. Dans la plupart de ces décisions, la jurisprudence de la Cour EDH n'est pas mentionnée dans la partie « en droit »⁶², ce qui, quelques fois, paraît surprenant, dans la mesure où celle-ci était généreusement citée dans la partie « en fait ». Il s'agit, par exemple, de l'arrêt n° 293/2011, sur les limites de la réévaluation de la compensation pour des individus dont la santé a été endommagée par des vaccinations obligatoires, dans lequel la Cour a choisi de se prononcer sur la violation de l'art. 3 Const.

Dans d'autres arrêts, la Cour constitutionnelle fait référence à la jurisprudence de la Cour EDH. Ainsi, dans l'arrêt n° 293/2010, la Cour déclare l'inconstitutionnalité des normes sur l'expropriation indirecte prévues dans un décret législatif pour violation des principes de la loi de délégation et, donc, de l'art. 76 Const. et considère absorbée la question de la violation de l'art. 117.1. Cependant, elle cite dans la motivation la décision *Sciarrotta c. Italie*, 12 janvier 2006, pour soutenir que l'expropriation indirecte porte atteinte au principe de légalité.

⁵⁹ Voir A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, Jovene, 2013.

⁶⁰ Nous avons identifié 21 arrêts : n° 364/2007 ; 11/2009 ; 214/2009 ; 265/2010 ; 281/2010 ; 293/2010 ; 41/2011 ; 293/2011 ; 172/2012 ; 223/2012 ; 277/2012 ; 92/2013 ; 186/2013 ; 275/ 2013 ; 278/2013 ; 293/2013 ; 1/2014 ; 162/2014 ; 170/2014 ; 96/2015 ; 216/2015. Dans l'arrêt n° 96/2015 le paramètre conventionnel n'est pas déclaré formellement absorbé, mais l'inconstitutionnalité se fonde sur les articles 3 et 32 Const.

⁶¹ Plus rares sont les cas où la Cour, même en présence d'une déclaration d'inconstitutionnalité « interne », examine aussi la question de conventionnalité, en la rejetant : un exemple est l'arrêt n° 170/2014, où la Cour déclare inconstitutionnelle, pour la violation de l'art. 2 Const., la norme qui prévoyait la cession des effets civils du mariage suite au changement de sexe d'un des époux, indépendamment de la volonté de ces derniers (soi-disant divorce imposé) et rejette la question de la violation des articles 8 et 12 CEDH, selon l'interprétation donnée par la Cour EDH dans *H. c. Finlande*, 13 novembre 2012 et *Schalk et Kopf c. Autriche*, 22 novembre 2010, car cette jurisprudence n'engendre pas l'obligation pour l'Etat de légaliser le mariage homosexuel.

⁶² C'est le cas des arrêts n° 364/2007 ; 1/2009 ; 214/2009 ; 265/2010 ; 281/2010 ; 41/2011 ; 293/2011 ; 172/2012 ; 223/2012 ; 277/2012 ; 92/2013 ; 186/2013 ; 275/2013 ; 293/2013 ; 162/ 2014 ; 216/2015.

Quelques-uns de ces arrêts permettent l'exécution de la jurisprudence de Strasbourg, mais dans leur motivation celle-ci ne trouve qu'une place limitée au moins pour ce qui relève des références explicites: ce qui ne signifie pas que les influences implicites sont absentes, au contraire la doctrine a montré que cette influence existe toujours⁶³.

En ce sens, il est possible de rappeler l'arrêt n° 162/2014, dans lequel la prohibition du recours à la procréation médicalement assistée hétérologue, lorsqu'un membre du couple est absolument et irréversiblement stérile, est déclarée inconstitutionnelle pour violation de l'art. 3 Const. La Cour affirme, en effet, que l'interdiction étant absolue, elle constitue une violation manifeste du principe de raisonabilité. Dans ce cas, le paramètre conventionnel (art. 8 et 14 CEDH) est considéré absorbé. La Cour, de manière surprenante, motive sa décision uniquement sur la base des normes constitutionnelles et ne cite pas la jurisprudence de Strasbourg, et en particulier la décision *S.H. et al c. Austria*, 3 novembre 2011⁶⁴. Cependant, dans le fond, cet arrêt permet l'adaptation de l'ordonnancement italien à cette jurisprudence européenne.

Il convient aussi de citer l'arrêt n° 278/2013⁶⁵, sur l'accouchement anonyme, qui exécute l'arrêt de la Cour EDH *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012. A cette fin, la Cour effectue un revirement de son propre précédent n° 425/2005, en faisant le lien entre son changement de jurisprudence et la décision *Godelli* (qui « invite à réfléchir » sur des nouveaux aspects de la question). Cependant, sans renoncer à souligner la convergence avec la jurisprudence de Strasbourg, elle déclare finalement, de manière surprenante, l'annulation pour violation des arts. 2 et 32 Const.

C'est aussi le cas de l'arrêt n° 96/2015, où la Cour prononce l'inconstitutionnalité de la loi sur la procréation médicalement assistée, dans la mesure où celle-ci ne permet pas l'accès à cette technique aux couples fertiles mais porteurs de maladies génétiquement transmissibles⁶⁶, ce qui représenterait une violation des articles 3 et 32 Const. (caractère non raisonnable de la prohibition et droit à la santé de la femme). Le juge *a quo* avait saisi la Cour également par rapport à l'art. 117.1 et aux articles 8 et 14 CEDH, d'autant plus que la Cour de Strasbourg, dans sa décision *Costa Pavan c. Italie*, 28 août 2012, avait déjà condamné l'Italie en raison de la disposition en question pour violation de ces mêmes articles de la

⁶³ Sur le fait que les influences implicites peuvent être substantiellement plus importantes que les références explicites, voir A. Ruggeri, «Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici», *Federalismi*, n° 11, 1 juin 2016, p. 29, www.federalismi.it.

⁶⁴ Suite à *S.H. et al c. Austria*, 3 novembre 2011, la Cour constitutionnelle avait même restitué les actes au juge *a quo*, avec l'ordonnance n° 150/2012.

⁶⁵ Pour plus de détails sur cet arrêt v. G. Amato, *Corti nazionali e corti e europee*, cit.

⁶⁶ La loi permettait le recours à cette technique seulement aux couples stériles.

Convention. Cependant, bien qu'en substance cet arrêt donne exécution à la jurisprudence *Costa Pavan*, par l'élimination de la norme qui était à l'origine de la condamnation, la Cour ne fait qu'une brève référence *ad adiuvandum* à l'arrêt européen, pour montrer que le caractère non raisonnable de la disposition avait été souligné aussi par la Cour EDH.

Lorsque la Cour est saisie par rapport au double paramètre, conventionnel et interne, elle peut décider de se prononcer sur les deux, en déclarant en même temps l'inconventionnalité et l'inconstitutionnalité⁶⁷. Cela a été, par exemple, le cas de l'arrêt n° 245/2011, sur le mariage de l'étranger qui ne séjourne pas légalement en Italie et de l'arrêt n° 202/2013, en matière de regroupement familial. Dans chacun de ces arrêts, l'inconstitutionnalité a été déclarée sur la base des normes constitutionnelles italiennes pour la protection de la famille (arts. 29 et 30 Const.), ainsi que sur la base de l'art. 8 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour EDH. De même, dans l'arrêt n° 170/2013, sur la rétroactivité d'une norme de droit des faillites, l'art. 6 CEDH et l'art. 3 Const. (égalité et raisonnable), ont été considérés violés. Dans l'arrêt n° 187/2014, sur l'indemnité d'expropriation des terrains non constructibles, l'art. 42 Const. et la norme conventionnelle, soit en l'espèce l'art. 1 du premier protocole, ont été retenus violés. Dans l'arrêt n° 191/2014, sur la rétroactivité d'une norme qui détermine les qualités que doit avoir la personne nommée Commissaire extraordinaire de la Ville de Rome, la norme a été annulée pour violation de l'art. 111 Const. et de l'art. 6 CEDH. Dans cette décision, la Cour clarifie la raison pour laquelle on trouve souvent le « double paramètre », interne et conventionnel : les deux « doivent être invoqués conjointement afin de permettre à cette Cour d'effectuer une évaluation systémique et non fractionnée des droits touchés par la norme examinée à chaque fois, en assurant ainsi la plus grande expansion des garanties de tous les droits et les principes pertinents, constitutionnels et supranationaux, globalement considérés, qui se trouvent toujours dans un rapport d'intégration et de mise en balance réciproque (arrêts n° 170 et n° 85 de 2013 et n° 264 de 2012) ».

⁶⁷ Parmi les 27 déclarations d'inconventionnalité, dans 17 arrêts la Cour a déclaré soit l'inconventionnalité, soit l'inconstitutionnalité, pour violation de paramètres autres que l'art. 117.1. La Cour ne déclare que l'inconventionnalité seulement dans 10 arrêts (sur les 27 déclarations d'inconventionnalité): dans quatre arrêts l'art.117. 1 et la CEDH sont les uniques paramètres invoqués (n° 187/2010 ; 113/2011 ; 210/2013 ; 184/2015) ; dans quatre autres arrêts elle considère le paramètre interne absorbé (n° 348/2007 ; 349/2007 ; 93/2010 ; 260/2015) ; dans l'arrêt n° 329/2011 il y a d'autres paramètres, mais la Cour suit le précédent de l'arrêt n°187/2010, en déclarant l'inconventionnalité, sans préciser la sorte des paramètres internes. Dans l'arrêt n° 196/2010 la Cour ne déclare que l'inconventionnalité, sans se prononcer sur la violation de l'article 3 Const.

En fin de compte, l'analyse effectuée montre que – à moins que le juge *a quo* n'invoque que l'inconventionnalité (ce qui met le juge constitutionnel « dos au mur »)⁶⁸ – la Cour peut suivre deux stratégies principales pour réduire la possibilité d'une confrontation avec la Cour de Strasbourg lorsqu'elle procède à une annulation : a) « Évitement » : la Cour répond à la question exclusivement sur la base du droit constitutionnel interne, ce que lui permet d'utiliser ou de ne pas utiliser, à sa discrétion, la jurisprudence européenne ; b) « Double paramètre » : la Cour considère, en même temps, le paramètre conventionnel et le paramètre constitutionnel, ce qui lui permet, comme la Cour elle-même l'a reconnu dans l'arrêt n° 191/2014, d'effectuer une évaluation « systémique et non fractionnée de tous les droits en question ». Le choix entre les deux options dépend de la sensibilité du juge rédacteur⁶⁹ mais aussi, probablement, d'autres facteurs que nous n'avons pas pu dégager.

La tendance à réduire le risque d'une confrontation avec la Cour de Strasbourg peut s'observer également dans les décisions de rejet ou d'irrecevabilité. L'arrêt n° 138/2010, portant sur le mariage homosexuel, en est un bon exemple. La Cour rejette ou déclare irrecevables toutes les questions soulevées, en référence aux paramètres internes ainsi qu'aux paramètres conventionnels (arts. 8 et 12 CEDH), sans pourtant citer la jurisprudence européenne pertinente⁷⁰.

Enfin, dans certaines décisions, le paramètre conventionnel, invoqué par le juge *a quo*, n'est pas considéré violé, malgré l'existence d'une jurisprudence de Strasbourg qui incite à l'annulation de la loi. Dans ces cas, la Cour constitutionnelle n'évite pas une confrontation avec la Cour EDH et elle prend le risque de montrer que des divergences existent.

En effet, l'examen de ces arrêts montre que des difficultés et quelques points de tension demeurent⁷¹. Les exemples suivants de jurisprudences divergentes méritent d'être mentionnés⁷²:

⁶⁸ Dans ce cas-là, elle peut tout de même éviter la confrontation en adoptant une déclaration d'inadmissibilité, il s'agit par exemple de l'arrêt n° 102/2016, sur le « *ne bis in idem* ».

⁶⁹ Ce type de recherche, ayant pour but de dévoiler le rôle des juges individuels, n'est pas facile à mener dans le cas italien, à cause de l'impossibilité de connaître les opinions individuelles. La seule façon est de faire un lien entre la technique choisie et le nom du juge rédacteur (qui normalement est aussi le rapporteur). L'examen des 21 arrêts mentionnés à la note 60 et celui des 27 déclarations d'inconventionnalité (y compris les 17 « doubles » arrêts d'inconventionnalité-inconstitutionnalité : voir note 67) montre que la majorité de juges utilisent les deux techniques (« évitement » et « double paramètre »). La seule exception est celle du juge Marta Cartabia, qui n'a jamais utilisé l'« évitement », mais semble préférer le « double paramètre ».

⁷⁰ Le seul arrêt européen cité est *Goodwin c. Royaume Uni*, 11 juillet 2002, car il avait été cité par le juge « *a quo* ». Voir D. Tega, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, p.164.

⁷¹ Il faut aussi considérer les divergences de la part de la Cour européenne par rapport à la jurisprudence italienne, qui n'a pas encore eu l'opportunité de lui répondre. Voir en ce sens la jurisprudence sur le secret d'Etat: de fait, l'arrêt *Nasr et Gbali c. Italie*, 23 février 2016, a condamné l'Italie suite à la jurisprudence constitutionnelle en matière de

- la jurisprudence en matière de rétroactivité de la loi⁷³. Il convient d'évoquer tout d'abord, l'affaire *Maggio c. Italie*, déjà citée auparavant, à laquelle a fait suite l'arrêt n° 264/2012. Il est aussi possible de rappeler qu'après l'arrêt n° 311/2009 (et n° 1/2011) est survenue la décision de la Cour EDH *Agrati c. Italie*, 7 juin 2011, qui a été « relue » selon une interprétation restrictive par plusieurs décisions successives (n° 257/2011 ; 303/2011 ; 15/2012 ; 230/2012 ; 227/2014 ; 127/2015 ; 132/2016).
- la jurisprudence sur la « *lex mitior* », sur laquelle nous rappelons *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009, réinterprétée de manière restrictive par les arrêts n° 236/2011 ; 230/2012 ; 240/2015 ; 57/2016;
- la jurisprudence portant sur les confiscations en absence de condamnation pénale: à l'arrêt *Varvara* a fait suite l'arrêt n° 49/2015, par rapport auquel est attendue une réaction de la part de la Grande Chambre, qui a analysé en audience, en septembre 2015, différents cas similaires⁷⁴.

Dans beaucoup de ces arrêts, la Cour confirme ses précédentes décisions de rejet, prononcées sur la base du paramètre interne⁷⁵, malgré l'invocation, par le juge *a quo*, du paramètre conventionnel, intégré par la jurisprudence de Strasbourg. Les techniques argumentatives pour arriver à ce résultat varient. Dans les décisions sur des lois rétroactives, la Cour se base sur la possibilité, reconnue aux Etats par la Cour EDH, d'interpréter les « motifs impératifs d'intérêt général »⁷⁶. Dans les cas concernant le principe de la «*lex*

secret d'Etat (arrêt n° 24/2014, conflit d'attribution), par rapport à laquelle il faudra voir, si l'occasion se présente, quelle sera l'aptitude de la Cour italienne.

⁷² Voir aussi, pour une reconnaissance des divergences, le rapport de l'ancien Président de la Cour constitutionnelle F. Gallo, « *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU Bruxelles* », 24 maggio 2012, www.cortecostituzionale.it ; M. Cartabia, « *La tutela multilivello dei diritti fondamentali* », *cit.* Au moment où nous écrivons, nous ne connaissons pas la position de la jurisprudence constitutionnelle par rapport à l'arrêt *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014, qui a condamné l'Italie pour violation du principe de « *ne bis in idem* » dans la procédure sanctionnatrice de la CONSOB (Commission nationale des sociétés et de la bourse) : l'arrêt n° 102/2016 a déclaré l'inadmissibilité de la question, sans se prononcer sur le fond.

⁷³ A cet égard, le Président de la Cour EDH, Guido Raimondi, parle d'un « désaccord » (*dissidio*) avec la Cour constitutionnelle italienne. Voir D. Tega, « *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a Guido Raimondi* », *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 469.

⁷⁴ La Cour constitutionnelle a confirmé sa jurisprudence dans l'ordonnance n° 187/2015, où revient le sujet de la confiscation urbanistique, et dans l'arrêt n° 36/2016, sur le délai entre lequel la durée de la procédure pour la réparation équitable des dommages (pour délai déraisonnable de la procédure) peut être considérée raisonnable. L'inconstitutionnalité de la norme, pour violation du paramètre conventionnel a lieu puisque « de la jurisprudence européenne consolidée on déduit (arrêt. n° 49/2015) le principe de droit, selon lequel l'Etat est tenu de conclure la procédure finalisée à la compensation du dommage causé par le retard acquis au cours d'un autre procès, en des termes plus rapides par rapport à ceux qui sont consentis par les procédures ordinaires ».

⁷⁵ C'est le cas des arrêts n° 311/2009 (234/2007) ; 1/2011 (74/2008 et 28/2010) ; 236/2011 (72/2008) ; 264/2012 (172/2008) ; 227/2014 (74/2008) ; 49/2015 (239/2009) ; 71/2015(239/2010) ; 150/2015 (146/2008) ; 240/2015 (277/1999).

⁷⁶ L'arrêt n° 311/2009 est significatif à cet égard. La Cour affirme que: « D'ailleurs, sauvegarder les "raisons impérieuses d'intérêt général" qui suggèrent au législateur national des interventions interprétatives dans les situations ici en jeu, ne peut ne pas empêchera de laisser aux Etats membres au moins une part de leur tâche et de leur charge

mitior», elle souligne qu'elle doit respecter la « substance » des arrêts de Strasbourg, mais avec une « marge d'appréciation » qui lui permet de prendre en compte les spécificités du contexte dans lequel la norme conventionnelle s'insère⁷⁷. Plus généralement, elle utilise l'argument de « l'évaluation systémique et non fractionnée des droits fondamentaux » – qui est présent, comme nous l'avons déjà souligné, dans des nombreuses décisions, à la fois de rejet et d'inconstitutionnalité – pour effectuer une « adaptation » de la jurisprudence européenne⁷⁸.

III. En conclusion : à la recherche d'un dynamisme bidirectionnel

La recherche montre donc que la Cour EDH engendre un considérable dynamisme dans la jurisprudence constitutionnelle italienne : d'un côté la Cour constitutionnelle, bien évidemment, cherche à donner exécution aux arrêts de Strasbourg concernant directement l'Italie, en changeant, le cas échéant, sa propre jurisprudence. De l'autre côté, la jurisprudence de la Cour EDH est une importante source d'inspiration pour la Cour constitutionnelle italienne, même quand la référence à cette jurisprudence est complètement optionnelle, comme lors des décisions dans lesquelles la Cour n'effectue pas le contrôle par rapport au paramètre conventionnel interposé.

En dépit de cette tendance, la Cour italienne évite parfois toute confrontation, en s'abstenant de se prononcer sur le paramètre conventionnel. Ainsi, il peut lui arriver de « résister », surtout par le moyen de la mise en balance du paramètre conventionnel avec d'autres intérêts constitutionnellement garantis, dans le cadre d'une protection « systémique et non fractionnée des droits fondamentaux ». Néanmoins, il s'agit toujours d'une « résistance » qui paraît avoir pour fonction de promouvoir un changement au sein de la

de les identifier, en ce qu'il se trouvent dans la meilleure position pour y accomplir, s'agissant, entre autres, d'intérêts qui sont à la base de l'exercice du pouvoir législatif. Les décisions dans ce champ impliquent en effet une évaluation systémique des profils constitutionnels, politiques, économiques, administratifs et sociaux, que la Convention européenne remet à la compétence des Etats, comme il l'a été par ailleurs reconnu, à travers la formule de la marge d'appréciation, dans le cas de l'élaboration de politiques en matière fiscale, sous réserve de la raisonnable des solutions normatives adoptées ».

⁷⁷ Ainsi surtout l'arrêt n° 236/2011, où la Cour affirme qu'elle peut évaluer comment et dans quelle mesure le produit de l'interprétation de la Cour européenne s'insère dans l'ordonnement juridique interne, en respectant la substance de la décision, mais avec une « marge d'appréciation » qui lui permet de prendre en compte les spécificités du contexte dans lequel la norme conventionnelle s'insère (par. 9). Sur cette jurisprudence, qui suit une dimension binaire (contrôle de constitutionnalité de la norme CEDH et mise en balance avec d'autres normes constitutionnelles), voir C. Padula, « La Corte costituzionale e i « controlimiti » alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo : riflessioni sul bilanciamento dell'art.117, co. 1, Cost. », *Federalismi*, n° 23, 10 décembre 2014, www.federalismi.it.

⁷⁸ Voir *supra*, note 20.

jurisprudence européenne, de sorte que cette dernière puisse tenir davantage compte des spécificités nationales, en laissant une marge d'appréciation aux États⁷⁹.

Une telle intention transparaît très clairement de l'arrêt n° 49/2015, à l'occasion duquel, comme nous l'avons vu, la Cour constitutionnelle a affirmé que, sauf dans le cas où le juge doit s'occuper de l'affaire décidée par Strasbourg, ou en cas d'arrêts pilotes, seul le «droit consolidé» est contraignant pour le juge interne.

Afin de parvenir à cette conclusion, la Cour fonde sa position non seulement sur la base des principes constitutionnels italiens, qui incitent à une «confrontation constructive entre les juges nationaux et la Cour EDH sur le sens qu'il faut attribuer aux droits de l'homme», mais aussi dans le système conventionnel lui-même, qui supposerait, selon la Cour italienne, «le caractère progressif de la formation du droit jurisprudentiel, en promouvant le dialogue jusqu'à ce que la force des arguments n'ait définitivement conduit à parcourir une voie plutôt qu'une autre»⁸⁰.

En insistant sur le «caractère progressif» de la jurisprudence de Strasbourg, la Cour a ajouté qu'une telle perspective ne se borne pas au rapport dialectique interne à la Cour EDH, « mais implique idéalement tous les juges qui doivent appliquer la CEDH, y compris la Cour constitutionnelle. Il s'agit d'une position qui, en perspective, pourra devenir davantage fructueuse dans l'application du protocole additionnel n° 16, en vertu duquel la Cour pourra émettre un avis consultatif, sous demande des juridictions nationales supérieures, qui est expressément défini comme non contraignant (art. 5). Tout cela confirme une option favorable à une confrontation initiale, fondée sur l'argumentation, dans le but de promouvoir la coopération et le dialogue entre les cours, plutôt que l'imposition par le haut d'une interprétation sur des

⁷⁹ Cette attitude peut être considérée comme une « désobéissance fonctionnelle », selon la perspective de G. Martinico, « Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale' », *Diritto penale contemporaneo*, n° 2, 2015, pp. 303 ss. Ce terme rappelle la stratégie mise en place par la Cour constitutionnelle italienne à l'égard de la Cour de Justice de l'UE par le renvoi préjudiciel réalisé dans l'ordonnance n° 207/2013. Dans ce cas-là, la Cour italienne n'a pas obtenu un changement du point de vue européen, car la Cour de Justice (26 novembre 2014, C-22/13 et autres, *Mascolo*) a confirmé la violation du droit européen par la loi italienne. Par conséquent, la Cour constitutionnelle n'a pu pas éviter une déclaration d'inconstitutionnalité pour violation de l'art. 117.1: arrêt n° 187/2016. Sur la nécessité d'une flexibilisation des jurisprudences, comme condition dans laquelle les influences réciproques peuvent se développer, voir A. Ruggeri, « Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa ? », *Consulta Online* 2015, 17 décembre 2015, www.giurcost.org.

⁸⁰ Pour soutenir ce caractère « structurellement » ouvert au dialogue du système conventionnel, la Cour a rappelé « les modalités d'organisation du juge de Strasbourg », qui « est divisé en sections, admet l'opinion dissidente, englobe un mécanisme apte à résoudre un contraste interne à la jurisprudence, à travers le renvoi à la Grande Chambre » : arrêt n°49/2015, par. 7 en droit.

questions de principe qui n'ont pas encore trouvé un cadre jurisprudentiel consolidé et sont donc pour les juges nationaux difficiles à résoudre »⁸¹.

La démarche de la Cour italienne apparaît en définitive guidée par la volonté de produire un « dynamisme bidirectionnel »⁸², que nous pourrions assimiler à une forme de « dialogue »⁸³. En effet, par ses ouvertures, elle prend de plus en plus en compte la jurisprudence européenne, en changeant, le cas échéant, sa jurisprudence antérieure, bien au-delà des affaires qui impliquent strictement un contrôle de conventionnalité. Par ses « résistances fonctionnelles », par ailleurs, elle encourage la Cour de Strasbourg à prendre en compte la jurisprudence italienne, pour changer, le cas échéant, sa jurisprudence et reconnaître aux États une marge nationale d'appréciation.

Cependant, le succès d'un tel procédé reste aléatoire, surtout si on considère les données concernant les références à la jurisprudence constitutionnelle italienne par la Cour de Strasbourg⁸⁴.

Il suffit de relever que, en dehors des affaires concernant l'Italie, les arrêts de la Cour constitutionnelle italienne ne sont mentionnés que dans 7 arrêts de la Cour EDH⁸⁵, contre, par exemple, 53 qui citent des décisions du Tribunal constitutionnel allemand. Sans pouvoir examiner ici en profondeur ce sujet, cette donnée suffit à nous montrer le rôle réduit que joue la jurisprudence constitutionnelle italienne dans la détermination du consensus européen⁸⁶.

En plus, si nous examinons les citations dans les arrêts ayant comme partie l'Italie⁸⁷, on n'en trouvons aucune à l'occasion de laquelle la Cour EDH ait changé son orientation pour prendre en compte la

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Nous utilisons, dans une perspective différente, le mot « bidirectionnel », déjà employé par O. Pollicino, « Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. E bilanciamento 'bidirezionale': evoluzione e svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale? », *Forum Quaderni costituzionali*, 16 décembre 2009, <http://www.forumcostituzionale.it>.

⁸³ Bien qu'il soit souvent fait un usage abusif de ce mot: voir G. De Vergottini, « Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione », Bologna, Il Mulino, 2010.

⁸⁴ On a conduit une recherche sur la base de données HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>), depuis le 1 janvier 1998, limitée aux arrêts de la Cour EDH (en dehors des décisions). Pour l'Italie, nous avons utilisé les mots-clés « Constitutional court of Italy », « Italian constitutional court », « Cour constitutionnelle d'Italie », « Cour constitutionnelle italienne »; pour l'Allemagne, les mots « Cour constitutionnelle allemande », « Cour constitutionnelle fédérale allemande », « German constitutional court » « German federal constitutional court ».

⁸⁵ *Boulois c. Luxembourg*, 3 avril 2012 ; *Souza Ribeiro c. France*, 13 décembre 2012 ; *Vinter et autres c. Royaume Uni*, 9 juillet 2013 ; *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2013 ; *Fabris c. France*, 7 février 2013 ; *Öcalan c. Turquie*, 18 mars 2014.

⁸⁶ Voir entre autres, surtout pour ce qui concerne l'utilisation de la méthode de comparaison dans l'individuation du consensus, A. M. Lecis Cocco Ortu, « La comparazione en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH », *Rivista A.I.C.*, 2011; F. J. Doucet, « Les origines et les fondements du recours au consensus en droit européen des droits de l'homme », *RDUS*, n° 43, 2013, pp. 709 ss.

⁸⁷ Nous avons trouvé 107 arrêts depuis le 1^{er} janvier 1998, sur un total de 2129 arrêts contre l'Italie pour la même période.

jurisprudence constitutionnelle italienne⁸⁸. Un exemple peut suffire, celui des arrêts suivant la réaction de la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt n° 264/2012, à *Maggio c. Italie* (qui, comme nous l'avons dit, peut être considérée comme un exemple de « résistance »). Dans l'arrêt *Stefanetti et autres c. Italie*, 15 avril 2014, la Cour EDH a affirmé que, « Contrairement à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, il n'y a pas de raisons pressantes d'intérêts généraux qui justifieraient une application rétroactive de la Loi n° 296/2006, qui n'était pas une interprétation authentique de la loi originaire et était pour cela imprévisible »⁸⁹.

Il faut enfin considérer l'absence, pour le moment, d'un instrument formalisé de dialogue, tel que pourrait être celui prévu par le Protocole n° 16 : le projet de loi visant la ratification du Protocole par l'Italie, qui – à la différence des pays ayant, jusqu'à présent, ratifié le Protocole⁹⁰ – ne comprend pas la Cour constitutionnelle parmi les juridictions nationales qui pourront saisir la Cour de Strasbourg, reste surprenant⁹¹.

⁸⁸ Des exemples de ce changement jurisprudentiel peuvent être retrouvés en relation à la jurisprudence d'autres cours constitutionnelles ou suprêmes. A cet égard on peut citer les arrêts *Hannover I et II* (Allemagne) et *Hutchinson* (Royaume Uni) : voir G. Martinico, « Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale' », *cit.*, p. 316. On peut aussi citer l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume Uni*, 15 décembre 2011, dans lequel la Cour EDH a été d'accord avec la Cour suprême anglaise qui, dans l'arrêt *Horncastle et autres*, 9 décembre 2009, avait refusé d'accepter sa doctrine de l'inflexibilité de la « règle de la preuve unique ou déterminante ». La Cour EDH a réitéré ces principes dans *Horncastle et autres c. Royaume Uni*, 16 décembre 2014 (je remercie Diletta Tega pour cette indication). Il faut toutefois relever que le changement le plus important dans la jurisprudence de la Cour EDH par rapport à l'Italie a été réalisé dans l'affaire *Lautsi c. Italie*, dans lequel la Grande Chambre a changé la décision de la Chambre, sans aucune intervention, entre les deux arrêts, de la Cour constitutionnelle, ni d'autres juges italiens. On pourrait aussi considérer les arrêts dans lesquels la Cour EDH s'est conformé à une solution jurisprudentielle nationale qui s'éloignait de sa jurisprudence précédente, comme cela s'est produit avec la Cour de cassation italienne à l'égard des années indemnisables pour irraisonnable délai du procès (loi Pinto). Le point de vue de la Cour de cassation a enfin été accepté par la Cour EDH dans la décision *Simaldone c. Italia*, 31 mai 2009 : voir E. Lamarque, « I giudici italiani e l'interpretazione conforme », *cit.*, pp. 297-298.

⁸⁹ Dans deux autres arrêts sur les « pensions suisses » la Cour EDH n'a pas explicitement pris position par rapport à l'arrêt n° 264/2014 : *Biraghi et autres c. Italie*, 24 juin 2014 ; *Cataldo et autres c. Italie*, 24 juin 2014.

⁹⁰ Albanie (22 juillet 2015), Géorgie (6 juillet 2015), Lituanie (2 septembre 2015) et Slovénie (26 mars 2015). Saint-Marin (16 février 2015) n'a pas inclus le Collège garant de la constitutionnalité des normes et la Finlande (7 décembre 2015) n'a pas de Cour constitutionnelle.

⁹¹ Voir Camera dei deputati, XVII legislatura, projet de loi n° 2801 (d'initiative du Ministre des Affaires Etrangères Gentiloni et du Ministre de la Justice Orlando), présenté le 30 décembre 2014, « Ratifica ed esecuzione dei seguenti protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013 », selon lequel (art. 3), « La Cour Suprême de cassation, le Conseil d'Etat, la Cour des Comptes et le Conseil de Justice Administrative pour la Région de Sicile peuvent présenter à la Grande Chambre de la Cour Européenne des droits de l'homme des demandes d'avis ». Une critique in A. Oddi, « La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi) », <http://www.eius.it/articoli/2016/002.asp>. Pour l'inclusion de la Cour constitutionnelle parmi les juridictions qui peuvent saisir Strasbourg (mais sans aucun commentaire sur le projet de loi), voir: A. Ciervo, « Il Protocollo n. 16 alla CEDU: alcune osservazioni alla luce della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale », *DPCE online*, n°1, 2016 ; O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta*



Dans ce cadre, le risque d'absence de sécurité juridique et de durée excessive des procès, avec des allers-retours incessants des questions entre les prétoires constitutionnel et européen, reste important. S'agit-il pas d'un prix trop élevé payé par les justiciables sur l'autel du dialogue juridictionnel ?⁹²

*giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex protocollo 16?, Forum di Quaderni Costituzionali, 2 avril 2014, www.forumcostituzionale.it, maintenant in E. Lamarque (dir.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti del l'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 17 ss.; G. Centamore, B. Agostini, « Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali », *Diritto penale contemporaneo*, 2014.*

⁹² Il s'agit du “dilemme du porc-épic” dont nous parle Sabino Cassese, concernant les coûts et les bénéfices de la « fin de la solitude des cours constitutionnelles »: S. Cassese, « Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino », *Ars interpretandi*, 2015, pp. 21 ss.

Annexe 1*

Décisions dans lesquelles la CEDH (ou ses Protocoles) est utilisée comme paramètres interposés par rapport à l'art. 117.1

1. 348/2007
2. 349/2007
3. 364/2007
4. 32/2008 (ord.)
5. 33/2008 (ord.)
6. 39/2008
7. 66/2008 (ord.)
8. 109/2008 (ord.)
9. 358/2008 (ord.)
10. 11/2009
11. 17/2009 (ord.)
12. 20/2009
13. 97/2009 (ord.)
14. 143/2009 (ord.)
15. 162/2009 (ord.)
16. 214/2009
17. 285/2009 (ord.)
18. 301/2009 (ord.)
19. 311/2009
20. 317/2009
21. 320/2009
22. 93/2010
23. 103/2010
24. 111/2010 (ord.)
25. 138/2010
26. 187/2010
27. 196/2010
28. 265/2010
29. 281/2010
30. 293/2010
31. 297/2010 (ord.)
32. 1/2011
33. 31/2011 (ord.)
34. 41/2011
35. 59/2011 (ord.)
36. 80/2011
37. 113/2011
38. 144/2011 (ord.)
39. 146/2011 (ord.)
40. 159/2011 (ord.)
41. 181/2011
42. 222/2011 (ord.)
43. 236/2011
44. 245/2011
45. 249/2011
46. 252/2011 (ord.)
47. 257/2011

* Seulement décisions (arrêts et ordonnances, indiquées) sur des questions soulevées par voie d'exception, publiées depuis le 22 octobre 2007, jusqu'au 30 juin 2016.



48. 293/2011
49. 303/2011
50. 304/2011
51. 311/2011 (ord.)
52. 314/2011 (ord.)
53. 329/2011
54. 338/2011
55. 15/2012
56. 38/2012 (ord.)
57. 43/2012 (ord.)
58. 78/2012
59. 82/2012 (ord.)
60. 93/2012 (ord.)
61. 94/2012 (ord.)
62. 111/2012
63. 112/2012 (ord.)
64. 146/2012 (ord.)
65. 150/2012 (ord.)
66. 153/2012
67. 172/2012
68. 182/2012 (ord.)
69. 222/2012 (ord.)
70. 223/2012
71. 230/2012
72. 235/2012 (ord.)
73. 261/2012 (ord.)
74. 264/2012
75. 270/2012 (ord.)
76. 277/2012
77. 307/2012 (ord.)
78. 32/2013 (ord.)
79. 40/2013
80. 85/2013
81. 92/2013
82. 154/2013
83. 156/2013 (ord.)
84. 170/2013
85. 173/2013 (ord.)
86. 186/2013
87. 197/2013 (ord.)
88. 202/2013
89. 210/2013
90. 214/2013
91. 235/2013 (ord.)
92. 261/2013 (ord.)
93. 269/2013 (ord.)
94. 275/2013
95. 278/2013
96. 279/2013
97. 293/2013
98. 297/2013 (ord.)
99. 302/2013
100. 318/2013 (ord.)
101. 1/2014
102. 10/2014 (ord.)
103. 30/2014

104. 92/2014 (ord.)
105. 124/2014 (ord.)
106. 135/2014
107. 149/2014 (ord.)
108. 156/2014
109. 158/2014 (ord.)
110. 162/2014
111. 170/2014
112. 183/2014 (ord.)
113. 187/2014
114. 191/2014
115. 204/2014 (ord.)
116. 213/2014
117. 223/2014 (ord.)
118. 227/2014
119. 235/2014
120. 240/2014 (ord.)
121. 247/2014 (ord.)
122. 252/2014 (ord.)
123. 280/2014 (ord.)
124. 18/2015
125. 20/2015 (ord.)
126. 22/2015
127. 34/2015
128. 49/2015
129. 57/2015 (ord.)
130. 70/2015
131. 71/2015
132. 96/2015
133. 97/2015
134. 109/2015
135. 120/2015
136. 127/2015
137. 136/2015 (ord.)
138. 150/2015
139. 157/2015
140. 174/2015 (ord.)
141. 184/2015
142. 186/2015
143. 187/2015 (ord.)
144. 216/2015
145. 221/2015
146. 229/2015
147. 240/2015
148. 260/2015
149. 269/2015 (ord.)
150. 274/2015 (ord.)
151. 4/2016 (ord.)
152. 36/2016
153. 47/2016 (ord.)
154. 54/2016 (ord.)
155. 57/2016
156. 73/2016 (ord.)
157. 76/2016
158. 78/2016
159. 90/2016



- 160. 100/2016 (ord.)
- 161. 102/2016
- 162. 112/2016 (ord.)
- 163. 132/2016
- 164. 140/2016

Annexe 2*

Décisions qui font référence à la Cour EDH

1. 348/2007
2. 349/2007
3. 364/2007
4. 18/2008 (ord.)
5. 32/2008 (ord.)
6. 33/2008 (ord.)
7. 39/2008
8. 66/2008 (ord.)
9. 87/2008 (ord.)
10. 89/2009 (ord.)
11. 109/2008 (ord.)
12. 129/2008
13. 173/2008 (ord.)
14. 219/2008
15. 274/2008 (ord.)
16. 306/2008
17. 358/2008 (ord.)
18. 24/2009
19. 49/2009 (ord.)
20. 56/2009
21. 91/2009 (ord.)
22. 97/2009 (ord.)
23. 143/2009 (ord.)
24. 162/2009 (ord.)
25. 211/2009 (ord.)
26. 239/2009
27. 262/2009
28. 266/2009
29. 285/2009 (ord.)
30. 301/2009 (ord.)
31. 311/2009
32. 317/2009
33. 320/2009
34. 93/2010
35. 103/2010
36. 113/2010
37. 138/2010
38. 139/2010
39. 187/2010
40. 196/2010
41. 205/2010 (ord.)
42. 265/2010
43. 293/2010
44. 1/2011
45. 31/2011 (ord.)
46. 55/2011 (ord.)
47. 59/2011 (ord.)
48. 73/2011 (ord.)
49. 80/2011

* Seulement décisions (arrêts et ordonnances, indiquées) sur des questions soulevées par voie d'exception, publiées depuis le 22 octobre 2007, jusqu'au 30 juin 2016.



50. 113/2011
51. 146/2011 (ord.)
52. 159/2011 (ord.)
53. 164/2011
54. 180/2011 (ord.)
55. 181/2011
56. 231/2011
57. 236/2011
58. 245/2011
59. 249/2011
60. 257/2011
61. 293/2011
62. 303/2011
63. 311/2011 (ord.)
64. 314/2011 (ord.)
65. 329/2011
66. 338/2011
67. 15/2012
68. 21/2012
69. 31/2012
70. 43/2012 (ord.)
71. 78/2012
72. 93/2012 (ord.)
73. 110/2012
74. 112/2012 (ord.)
75. 146/2012 (ord.)
76. 150/2012 (ord.)
77. 153/2012
78. 172/2012
79. 182/2012 (ord.)
80. 222/2012 (ord.)
81. 230/2012
82. 261/2012 (ord.)
83. 264/2012
84. 270/2012 (ord.)
85. 286/2012 (ord.)
86. 301/2012
87. 40/2013
88. 57/2013
89. 85/2013
90. 86/2013 (ord.)
91. 92/2013
92. 143/2013
93. 154/2013
94. 156/2013 (ord.)
95. 170/2013
96. 197/2013 (ord.)
97. 202/2013
98. 210/2013
99. 214/2013
100. 216/2013
101. 235/2013 (ord.)
102. 275/2013
103. 278/2013
104. 279/2013
105. 293/2013



106. 318/2013 (ord.)
107. 1/2014
108. 10/2014 (ord.)
109. 30/2014
110. 92/2014 (ord.)
111. 98/2014
112. 120/2014
113. 124/2014 (ord.)
114. 135/2014
115. 149/2014 (ord.)
116. 156/2014
117. 158/2014 (ord.)
118. 162/2014
119. 170/2014
120. 187/2014
121. 191/2014
122. 204/2014 (ord.)
123. 213/2014
124. 223/2014 (ord.)
125. 227/2014
126. 235/2014
127. 238/2014
128. 240/2014 (ord.)
129. 247/2014 (ord.)
130. 252/2014 (ord.)
131. 274/2014
132. 277/2014
133. 280/2014 (ord.)
134. 20/2015 (ord.)
135. 22/2015
136. 34/2015
137. 48/2015
138. 49/2015
139. 56/2015
140. 57/2015 (ord.)
141. 70/2015
142. 71/2015
143. 96/2015
144. 97/2015
145. 100/2015
146. 109/2015
147. 120/2015
148. 127/2015
149. 136/2015 (ord.)
150. 146/2015
151. 150/2015
152. 157/2015
153. 174/2015 (ord.)
154. 178/2015
155. 184/2015
156. 187/2015 (ord.)
157. 216/2015
158. 221/2015
159. 225/2015 (ord.)
160. 229/2015
161. 230/2015



- 162. 234/2015
- 163. 236/2015
- 164. 240/2015
- 165. 269/2015 (ord.)
- 166. 12/2016
- 167. 32/2016
- 168. 36/2016
- 169. 57/2016
- 170. 76/2016
- 171. 84/2016
- 172. 90/2016
- 173. 100/2016 (ord.)
- 174. 102/2016
- 175. 112/2016 (ord.)
- 176. 132/2016
- 177. 140/2016

Annexe 3*

Décisions qui font référence à la Cour EDH et dans lesquelles la CEDH (ou ses Protocoles) est utilisée comme paramètres interposés par rapport à l'art. 117.1

1. 348/2007
2. 349/2007
3. 364/2007
4. 32/2008 (ord.)
5. 33/2008 (ord.)
6. 39/2008
7. 66/2008 (ord.)
8. 109/2008 (ord.)
9. 358/2008 (ord.)
10. 97/2009 (ord.)
11. 143/2009 (ord.)
12. 162/2009 (ord.)
13. 285/2009 (ord.)
14. 301/2009 (ord.)
15. 311/2009
16. 317/2009
17. 320/2009
18. 93/2010
19. 103/2010
20. 138/2010
21. 187/2010
22. 196/2010
23. 265/2010
24. 293/2010
25. 1/2011
26. 31/2011 (ord.)
27. 59/2011 (ord.)
28. 80/2011
29. 113/2011
30. 146/2011 (ord.)
31. 159/2011 (ord.)
32. 181/2011
33. 236/2011
34. 245/2011
35. 249/2011
36. 257/2011
37. 293/2011
38. 303/2011
39. 311/2011 (ord.)
40. 314/2011 (ord.)
41. 329/2011
42. 338/2011
43. 15/2012
44. 43/2012
45. 78/2012
46. 93/2012 (ord.)
47. 112/2012 (ord.)

* Seulement décisions (arrêts et ordonnances, indiquées) sur des questions soulevées par voie d'exception, publiées depuis le 22 octobre 2007, jusqu'au 30 juin 2016.

48. 146/2012 (ord.)
49. 150/2012 (ord.)
50. 153/2012
51. 172/2012
52. 182/2012 (ord.)
53. 222/2012 (ord.)
54. 230/2012
55. 261/2012 (ord.)
56. 264/2012
57. 270/2012 (ord.)
58. 40/2013
59. 85/2013
60. 92/2013
61. 154/2013
62. 156/2013 (ord.)
63. 170/2013
64. 197/2013 (ord.)
65. 202/2013
66. 210/2013
67. 214/2013
68. 235/2013 (ord.)
69. 275/2013
70. 278/2013
71. 279/2013
72. 293/2013
73. 318/2013 (ord.)
74. 1/2014
75. 10/2014 (ord.)
76. 30/2014
77. 92/2014 (ord.)
78. 124/2014 (ord.)
79. 135/2014
80. 149/2014 (ord.)
81. 156/2014
82. 158/2014 (ord.)
83. 162/2014
84. 170/2014
85. 187/2014
86. 191/2014
87. 204/2014 (ord.)
88. 213/2014
89. 223/2014 (ord.)
90. 227/2014
91. 235/2014
92. 240/2014 (ord.)
93. 247/2014 (ord.)
94. 252/2014 (ord.)
95. 280/2014 (ord.)
96. 20/2015 (ord.)
97. 22/2015
98. 34/2015
99. 49/2015
100. 57/2015 (ord.)
101. 70/2015
102. 71/2015
103. 96/2015



- 104. 97/2015
- 105. 109/2015
- 106. 120/2015
- 107. 127/2015
- 108. 136/2015 (ord.)
- 109. 150/2015
- 110. 157/2015
- 111. 174/2015 (ord.)
- 112. 184/2015
- 113. 187/2015 (ord.)
- 114. 216/2015
- 115. 221/2015
- 116. 229/2015
- 117. 240/2015
- 118. 269/2015 (ord.)
- 119. 36/2016
- 120. 57/2016
- 121. 76/2016
- 122. 90/2016
- 123. 100/2016 (ord.)
- 124. 102/2016
- 125. 112/2016
- 126. 132/2016
- 127. 140/2016