
La prise en compte du premier avis de la Cour EDH par la Cour de cassation italienne : nouvelles perspectives pour le dialogue des juges en matière de droits fondamentaux dans l'espace européen

Cour de cassation italienne, Première section civile, ord. n° 8325 du 29
avril 2020

Anna Maria Lecis Cocco Ortu



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/10477>

DOI: [10.4000/revdh.10477](https://doi.org/10.4000/revdh.10477)

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Anna Maria Lecis Cocco Ortu, « La prise en compte du premier avis de la Cour EDH par la Cour de cassation italienne : nouvelles perspectives pour le dialogue des juges en matière de droits fondamentaux dans l'espace européen », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 16 October 2020, connection on 07 November 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/10477> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.10477>

This text was automatically generated on 7 November 2020.

Tous droits réservés

La prise en compte du premier avis de la Cour EDH par la Cour de cassation italienne : nouvelles perspectives pour le dialogue des juges en matière de droits fondamentaux dans l'espace européen

Cour de cassation italienne, Première section civile, ord. n° 8325 du 29 avril 2020

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

- 1 La nouvelle procédure consultative introduite par le Protocole 16 à la CEDH semble ouvrir de nouvelles possibilités de dialogue pour les juridictions italiennes, alors même que l'Italie n'a pas encore ratifié le Protocole permettant aux plus hautes juridictions nationales de s'adresser directement au juge strasbourgeois¹.
- 2 C'est ce qui montre l'ordonnance du 29 avril 2020² par laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation italienne a renvoyé à la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité essentiellement fondée sur l'avis rendu par la Cour EDH, à la demande de la Cour de cassation française, en matière de gestation pour autrui (GPA)³.
- 3 La juridiction de renvoi conteste la constitutionnalité des dispositions qui, selon la portée qui leur est attribuée par l'interprétation donnée par la formation plénière de la Cour de cassation, ont pour effet d'interdire la formation d'un acte de naissance d'un enfant né d'une GPA avec l'indication du parent d'intention⁴. Le droit vivant contesté par le juge *a quo* est issu de l'arrêt n° 12193 du 8 mai 2019, par lequel les sections unies de la Cour de cassation ont estimé que « la reconnaissance de l'efficacité d'un acte [...]

certifiant le rapport de filiation entre un mineur né à l'étranger à travers une gestation pour autrui et son parent d'intention de nationalité italienne, trouve obstacle dans l'interdiction de la GPA [...] qui peut être qualifiée de principe d'ordre public »⁵.

- 4 Alors que de nombreuses juridictions de fond étaient en train de former et confirmer une jurisprudence favorable à la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger⁶, reconnaissant ainsi le rapport de filiation à la fois avec le parent biologique et le parent d'intention⁷, les sections unies de la Cour de cassation ont donc désavoué ces jurisprudences et se sont opposées à cette transcription. Elles ont, dès lors, affirmé que la seule solution possible pour la reconnaissance légale du lien entre l'enfant et le parent d'intention est « l'adoption dans des cas particuliers » prévue à l'art. 44 al. 1^{er} lettre d) de la loi n) 184/1983 »⁸, une sorte d'équivalent de l'adoption simple dont les conditions et les effets diffèrent fortement de ceux de l'adoption plénière.
- 5 Un mois environ avant la publication de cet arrêt de la Cour suprême italienne, la Cour EDH avait rendu son premier avis, sur demande de l'Assemblée plénière de la Cassation française, qui avait été saisie d'une question similaire dans la fameuse affaire *Mennesson* portant sur la transcription de l'acte de naissance de deux enfants nés d'une GPA à l'étranger.
- 6 L'avis de la CEDH, qui ne sera pas analysé dans ces propos⁹, établit tout d'abord que l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit au respect de la vie privée, impose la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant né d'une GPA et son parent d'intention¹⁰. Néanmoins, s'agissant des modalités d'exécution d'une telle obligation, il admet que, alternativement à la transcription intégrale de l'acte de naissance indiquant le nom du parent d'intention, l'adoption *peut* également répondre aux exigences de l'art. 8, pourvu que, dans l'évaluation au cas par cas, elle respecte des conditions de célérité et d'efficacité. Par la première condition, la Cour considère que les États doivent garantir « que la durée de l'incertitude dans laquelle [l'enfant] se trouve quant à sa filiation à l'égard [du parent] d'intention soit aussi brève que possible aussi vite que possible »¹¹ et que ce lien de filiation « légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé »¹². Par la seconde, la Cour observe que l'adoption constitue une solution envisageable comme alternative à la transcription à condition qu'elle produise « des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger »¹³.
- 7 Dans l'ordonnance de renvoi commentée, les juges italiens rappellent, d'une part, que l'interprétation des sections unies de la Cour de cassation représente le droit vivant auquel les autres juges doivent se conformer. Ils soulignent néanmoins que, d'autre part, l'interprétation donnée par la Cour EDH à l'art. 8 CEDH dans son avis du 10 avril 2019 « impose des choix interprétatifs différents de ceux qui ont été adoptés par les sections unies » suscitant ainsi « un conflit avec le droit vivant italien »¹⁴. Coincés entre, d'un côté, l'exigence de conformité à l'interprétation donnée par la formation plénière de la Cour de cassation dans l'exercice de sa fonction nomophilatque et, de l'autre côté, l'exigence de respecter les obligations conventionnelles découlant de l'interprétation donnée par la Cour européenne à l'art. 8 CEDH, la juridiction de renvoi décide de saisir la Cour constitutionnelle afin qu'elle se prononce sur la conformité du droit vivant italien par rapport aux exigences conventionnelles et constitutionnelles¹⁵ (I). Un dialogue polyphonique se met ainsi en place, avec la participation directe de la juridiction de renvoi et du juge constitutionnel et celle, indirecte, de la formation plénière de la Cour de cassation et du juge européen, dont les voix constituent le droit

vivant – national et conventionnel – que la Cour constitutionnelle devra prendre en compte (II).

I/- Le constat d'un conflit interprétatif entre le droit vivant italien et le droit de la CEDH

- 8 En ce qui concerne le fond, la juridiction de renvoi soulève l'inconstitutionnalité des dispositions citées au motif qu'elles porteraient atteinte à l'art. 117 Const. (respect des engagements internationaux) par une violation de l'art. 8 CEDH et d'autres dispositions conventionnelles, ainsi qu'aux articles 2 (droits inviolables), 3 (principe d'égalité), 31 (protection de la famille et soutien à sa formation), 32 (droit à la santé) de la Constitution italienne, interprétés à la lumière de la jurisprudence européenne. Pour comprendre les griefs soulevés et les enjeux de la question de constitutionnalité (B), il convient dès lors de rappeler brièvement le statut de la CEDH et les contours du contrôle de conventionnalité dans l'ordre juridique italien (A).

A/- La CEDH en tant que norme de référence du contrôle de constitutionnalité

- 9 À l'exception du contrôle de conventionnalité par rapport au droit de l'UE directement applicable, qui est exercé par tous les juges¹⁶, le contrôle de conventionnalité des lois, en Italie, est exercé exclusivement par la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois sur la base de l'art. 117 al. 1^{er} de la Constitution¹⁷.
- 10 Par deux arrêts dits « jumeaux » de 2007, la Cour constitutionnelle italienne a en effet établi que la CEDH, ainsi que les autres traités et engagements internationaux, peuvent être mobilisés comme normes de référence du contrôle de constitutionnalité en tant que « normes interposées », en ce qu'elles s'interposent entre la Constitution et la loi¹⁸. En suivant une démarche – qui a été en revanche rejetée par le Conseil constitutionnel français lors de sa décision IVG de 1975, la Cour constitutionnelle italienne considère en effet qu'une loi qui porte atteinte à un engagement international est inconstitutionnelle en ce qu'elle viole l'obligation de respecter les engagements internationaux imposée par l'art. 117 de la Constitution¹⁹.
- 11 Les juges ordinaires remplissent tout de même un rôle central dans ce contrôle : d'une part, en tant que « gardiens » du contrôle de constitutionnalité, ils peuvent soulever la question de constitutionnalité lorsqu'ils estiment qu'une disposition législative porte atteinte à une convention internationale ; d'autre part, ils ont l'obligation d'essayer d'éviter les conflits entre la loi et la Constitution, par le biais de l'interprétation conforme²⁰. Face à un doute sur la conformité d'une disposition législative par rapport à un engagement international, les juges doivent ainsi essayer de donner à cette disposition une « interprétation conforme ». Seulement s'il n'est pas possible de donner aux dispositions une lecture conforme aux engagements internationaux, ils doivent soulever une question de constitutionnalité. En l'espèce, la juridiction de renvoi a estimé ne pas pouvoir procéder à une interprétation conforme aux normes conventionnelles en raison de l'exigence de se conformer à l'interprétation donnée par la formation plénière de la Cour de cassation. Elle a ainsi dû constater la non-conformité de l'interprétation donnée par les sections unies – qui constitue le « droit

vivant » pris en compte par la juridiction de renvoi²¹ – par rapport aux exigences conventionnelles et ainsi soulever une question de constitutionnalité pour violation de l'art. 117 Const.

B/- La non-conformité du droit vivant italien par rapport aux exigences conventionnelles

- 12 La non-conformité des dispositions citées par rapport à l'art. 8 CEDH et à d'autres dispositions conventionnelles portant sur les droits des enfants est motivées sur la base de deux griefs.
- 13 Le premier porte sur la qualification de l'interdiction de la GPA en tant que principe d'ordre public, avec la conséquence qu'elle fait entrave à la légalisation des effets de cette pratique et, donc, à la reconnaissance légale depuis la naissance du lien entre l'enfant né d'une telle pratique et son parent d'intention²². Pour les juges, cette interdiction se traduit par une atteinte injustifiée aux droits d'une personne, l'enfant, qui n'a aucunement participé à la mise en place du comportement interdit et qualifié de contraire à l'ordre public. En faisant écho à la jurisprudence de la Cour EDH²³, l'ordonnance de renvoi souligne ainsi ce qu'une partie de la doctrine et des juges de fond affirment depuis longtemps : « S'il est loisible qu'un État partie de la Convention impose des mesures susceptibles de décourager ses propres ressortissants de recourir à l'étranger à des pratiques interdites sur son territoire, [...] toutefois il n'est pas loisible d'adopter des mesures qui portent atteinte à la situation juridique de ceux qui naissent d'une gestation pour autrui et qui ont pour effet de bafouer des droits fondamentaux liés à l'identité de l'enfant et à son appartenance au foyer »²⁴. L'interdiction absolue dont fait l'objet la transcription de l'acte de naissance, abstraction faite de toute évaluation du cas d'espèce, est donc contraire, selon les juges, au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qu'elle porte atteinte non seulement aux droits des parents, qui ont sciemment enfreint la loi et subi les conséquences d'une telle violation, mais aussi aux droits de l'enfant, qui se trouve ainsi à être sanctionné en raison de la faute de ses parents.
- 14 Le second grief soulevé concerne le non-respect des conditions imposées par l'avis de la Cour EDH afin que la modalité de reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention soit conforme aux exigences de l'art. 8 CEDH.
- 15 Or, les juges du renvoi observent que l'adoption simple (dans la loi italienne, « *adozione in casi particolari* », « adoption en cas particuliers »), qui constitue la seule modalité consentie par le droit italien pour la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention, « n'apparaît pas susceptible de garantir les conditions de célérité et d'effectivité que la Cour de Strasbourg a considérées comme essentielles pour pouvoir qualifier la modalité [de reconnaissance du lien de filiation] alternative à la transcription comme conforme au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant »²⁵.
- 16 S'agissant tout d'abord des conditions de célérité, l'adoption est en effet subordonnée à une longue procédure pouvant durer plusieurs mois voire années ; période pendant laquelle l'enfant reste dans cette situation d'insécurité juridique qui, en vertu de l'avis de la Cour EDH, doit être « aussi brève que possible ». En ce qui concerne ensuite les conditions d'effectivité, la juridiction de renvoi considère que l'« adoption en cas particuliers » ne satisfait pas les critères imposés par l'avis, en ce qu'elle ne permet pas

la création d'un lien de filiation « de même nature » que l'adoption plénière ou la transcription.

- 17 Il faut en effet considérer, comme la doctrine l'a constaté²⁶, que le droit vivant n'offre pas de garanties suffisantes quant à l'issue positive des demandes présentées par des parents d'intention, car il n'y a pas à l'heure actuelle de jurisprudence constante concernant l'adoption en cas particuliers par le conjoint non marié du parent biologique de l'enfant. Le problème se pose donc principalement pour les couples non mariés, et donc surtout pour les couples de personnes du même sexe, auxquels le mariage est toujours interdit en Italie. En effet, contrairement au concubin ou au conjoint non marié, l'époux du parent biologique peut accéder à l'adoption plénière réservée aux couples mariés. Ensuite, même en cas d'issue positive de la procédure, l'adoption en cas particuliers est une forme de reconnaissance de la filiation « *a minima* », qui n'a d'effets équivalents ni à l'adoption plénière ni surtout à la transcription de l'acte de naissance²⁷.
- 18 Au-delà de la question de fond, il convient de souligner la fonction remplie par l'avis de la Cour EDH, qui constitue le véritable fondement du caractère sérieux de la question de constitutionnalité.

II/- La prise en compte de l'avis et l'engagement d'un dialogue à plusieurs voix

- 19 La motivation du juge *a quo* est entièrement construite sur l'avis de la Cour EDH. Celui-ci est ainsi pris en compte tantôt comme droit vivant conventionnel constituant la norme de référence du contrôle de conventionnalité (A), tantôt comme élément mobilisé dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles internes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, selon une technique interprétative inspirée du pluralisme constitutionnel (B).

A/- La prise en compte de l'avis en tant que droit vivant de la CEDH

- 20 L'avis est tout d'abord pris en compte comme « droit vivant conventionnel », en ce qu'il porte un éclairage sur l'interprétation à donner à une disposition conventionnelle lors de son application. La juridiction de renvoi précise en effet de ne pas pouvoir ignorer la portée de l'avis puisqu'« il constitue un jugement abstrait visant à porter un éclairage, en voie préventive, sur la teneur des normes conventionnelles, représentant ainsi un instrument d'aide [à l'interprétation] pour les juges nationaux »²⁸.
- 21 Bien que l'avis n'ait d'effet contraignant ni pour le juge requérant ni pour les autres juges, que ce soit du même ordre juridique national ou d'autres pays, il exerce des effets du moins persuasifs dans tous les États parties à la CEDH, qu'ils aient ratifié ou non le Protocole. La procédure consultative prévue par le Protocole 16 a, en effet, une double fonction préjudicielle et nomophilatique, conjuguant des profils concrets et abstraits. L'avis se situe ainsi dans « une zone intermédiaire entre la décision concrète d'un litige et la fonction interprétative abstraite de la Cour, indépendamment des situations concrètes à la base du cas d'espèce »²⁹, ce qui lui permet d'être revêtu de l'autorité de la chose interprétée³⁰.

- 22 En vertu de l'art. 1^{er}, les plus hautes juridictions nationales « peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »³¹. Comme il a été précisé par la juridiction européenne lorsqu'elle a interprété cette disposition dans le premier avis rendu, si les avis « doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne », leur but est également « de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires »³². Rappelons encore la lecture donnée à ces dispositions dans le rapport explicatif, selon laquelle les avis consultatifs « n'ont aucun effet direct sur d'autres requêtes ultérieures. Ils s'insèrent toutefois dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions », avec la conséquence que l'autorité de l'interprétation donnée dans les avis a des effets analogues « aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions »³³.
- 23 La motivation de l'ordonnance commentée apparaît bien fondée sur ce point, dans la mesure où les juridictions nationales, chargées d'une obligation d'interpréter les normes qu'elles doivent appliquer conformément aux exigences constitutionnelles et conventionnelles, se doivent de prendre en compte un avis qui, bien que non contraignant, a précisément pour but de porter un éclairage sur la portée des dispositions conventionnelles applicables.
- 24 Par ailleurs, l'interprétation donnée par la Cour EDH n'est pas prise en compte uniquement dans la lecture des dispositions conventionnelles. Elle l'est également dans l'interprétation systémique des autres dispositions portant sur la protection des droits que le juge se trouve à devoir appliquer dans un système intégré de protection des droits à plusieurs niveaux.

B/- La prise en compte de l'avis en tant qu'élément mobilisé dans l'interprétation de la Constitution

- 25 Dans l'ordonnance de renvoi de la Cour de cassation italienne, les normes constitutionnelles de référence invoquées sont également interprétées à la lumière des dispositions conventionnelles et, notamment, de leur portée tel qu'indiquée dans l'avis de la Cour EDH.
- 26 Les juges de la première section de la Cour de cassation soutiennent en effet que la CEDH et la Charte des droits de l'Union européenne forment, avec la Constitution italienne, « l'ainsi-dit ordre public constitutionnel » réunissant « les droits fondamentaux de l'individu, qui sont la manifestation des valeurs suprêmes et contraignantes de la culture juridique qui est la nôtre »³⁴. Ces normes ont donc une teneur, sinon formellement, substantiellement et matériellement constitutionnelle. Par conséquent, tout conflit interprétatif survenant entre elles ne saurait être résolu selon un critère hiérarchique, mais par une opération de conciliation fondée sur une interprétation intégrée et axiologiquement orientée des contenus de ces normes.
- 27 Ce raisonnement s'inspire des théories interprétatives fondées sur le « pluralisme constitutionnel »³⁵, prônant une interprétation intégrée des dispositions « substantiellement constitutionnelles » contenues dans les différents catalogues des droits. La démarche interprétative prônée par ces théories peut être définie comme « axiologiquement orientée », en ce que le contenu substantiel des dispositions l'emporte

sur leur forme. Selon ces théories interprétatives, les sources conventionnelles, y compris la jurisprudence, contribuent à l'interprétation constitutionnelle et inversement. Par conséquent, la jurisprudence européenne devient un référent non seulement de l'interprétation des dispositions de la CEDH, mais aussi des dispositions législatives internes, qui doivent faire l'objet d'une interprétation conforme à la Constitution et aux engagements internationaux. Et même – c'est le point sur lequel il faut insister – des normes constitutionnelles, qui seront interprétées à la lumière des normes conventionnelles de la même teneur, par la mise en œuvre d'une conciliation avec les autres normes en matière de droits fondamentaux.

- 28 Cela n'implique pas, comme le craigne une partie de la doctrine³⁶, que l'interprétation de la Cour EDH doive prévaloir sur celles des juges nationaux, avec l'effet que la fonction nomophilatque en matière de droits fondamentaux serait « externalisée » au juge européen. Mais cela comporte, en revanche, que la voix de la Cour EDH va contribuer, entre autres, à l'interprétation intégrée des normes en matière de droits fondamentaux, sans mobiliser une hiérarchie entre juges ou entre normes, considérée comme impossible et inefficace dans la perspective d'une interprétation axiologiquement orientée dans le sens précisé.
- 29 Dans cette perspective, le Protocole 16 offre aux plus hautes juridictions nationales, par le biais de l'avis consultatif, un instrument précieux pour participer de manière directe, à travers la mise en place d'un dialogue institutionnalisé, à la formation de la jurisprudence européenne ainsi qu'à l'harmonisation du droit européen des droits fondamentaux dans l'espace de la CEDH. En vertu de l'art. 1^{er} al. 3, en effet, « la juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante ». Selon le rapport explicatif, par cette disposition la juridiction demanderesse est amenée à présenter « un exposé de son propre avis sur la question » et donc à proposer une solution interprétative. Une « dynamique *bottom-up* », du juge national vers le juge supranational, va ainsi remplacer la dynamique « *up-bottom* » par laquelle se forme normalement la jurisprudence CEDH, ce qui permet une confrontation préventive entre les solutions interprétatives, par laquelle, en plein esprit dialogique, l'une propose et l'autre accepte ou suggère une correction, sans que le premier soit obligé de s'y conformer. Il y a donc une confrontation préventive (interprétation proposée-interprétation suggérée) qui remplace la dynamique décision-sanction qui a caractérisé jusqu'aujourd'hui les « dialogues » – tout de même parfois fructueux malgré leur caractère conflictuel – entre la Cour EDH et les juges nationaux³⁷.
- 30 À travers ces considérations, on n'entend pas donner une représentation irénique de la procédure consultative prévue par le Protocole 16, qui en ferait la solution à tous les conflits interprétatifs. Le concept même de « dialogue », par ailleurs, n'exclut pas le conflit. Le dialogue, en effet, n'est pas seulement une manière de trouver un point d'accord, mais tout d'abord une manière de confronter des positions, le cas échéant opposées, et d'affirmer ses propres arguments. Dans le domaine judiciaire tout comme dans la vie quotidienne, dès lors, le dialogue présuppose aussi le conflit. Conflit qui peut être bénéfique³⁸, comme l'ont montré des exemples de dialogues non institutionnalisés entre la Cour EDH et les hautes juridictions italiennes³⁹ ou de dialogues institutionnalisés entre ces dernières et la CJUE⁴⁰.
- 31 Si déjà des formes d'interactions entre les juridictions nationales et la Cour EDH sur certaines questions interprétatives ont pu avoir lieu de manière indirecte, à travers les

motivations des décisions, la ratification du Protocole 16 par l'Italie permettrait un renforcement de ces interactions. À travers le dialogue institutionnalisé mis en place par la procédure d'avis, les plus hautes juridictions italiennes seraient en mesure de proposer une solution au conflit entre le droit vivant italien et la jurisprudence européenne qui soit fondée sur une interprétation conforme à la fois à la Constitution et à la CEDH. Cela permettrait de résoudre les conflits interprétatifs à travers une interprétation intégrée des catalogues de droits de la même teneur, soient-ils conventionnels ou constitutionnels. En l'absence d'un tel instrument de dialogue institutionnalisé, en raison de l'enlisement de la procédure de ratification du Protocole 16⁴¹, il revient maintenant à la Cour constitutionnelle de trouver une solution à la question posée. Elle pourra le faire en se prévalant de ces méthodes interprétatives inspirées du pluralisme constitutionnel dont elle a déjà fait application dans la période récente. Par ces démarches interprétatives, le juge constitutionnel pourra ainsi parvenir à une lecture intégrée des normes constitutionnelles et conventionnelles invoquées, à la lumière de l'interprétation qui leur a été donnée par toutes les voix qui ont participé, directement ou indirectement, au dialogue sur la question.

Cour de cassation italienne, Première section civile, ord. n° 8325 du 29 avril 2020.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. L'Italie a signé le Protocole 16 le 2 octobre 2013 mais, à l'heure actuelle, elle ne l'a toujours pas ratifié. Le projet de loi de ratification avait été présenté à la Chambre des députés le 30 décembre 2014 mais l'expiration de la législature avait mis fin à la procédure législative avant qu'elle aboutisse à l'approbation définitive de la loi. Un nouveau projet de loi de ratification a dès lors été présenté au cours de la législature actuelle, mais la procédure s'est arrêtée à la phase de l'examen en commission.
2. Cour de cass. it., ord. n° 8325 du 29 avril 2020.
3. Cour EDH, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, demandé par la Cour de cassation française, n° P16-2018-001, 10 avril 2019.
4. Art. 12, al. 6 de la loi n° 40/2004, art.18 du d.p.r. n° 396/2000 et art. 64, al. 1^{er}, lettre g), de la loi n° 218/1995.
5. Cass. civ. it., sections unies, arrêt n° 12193, par. 13.4.
6. Voir les références indiquées dans le site de la revue *Articolo 29* : <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>. Voir aussi la décision de la Cour const. qui avait ouvert à une évaluation au cas par cas au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, considérant que « l'ordre

juridique permet déjà au juge d'évaluer l'intérêt de l'enfant à la conservation de son *statut* » : Cour const. it. n° 272/2017, cons. 4.1.6.

7. Dans le respect des exigences découlant de l'art. 8 CEDH, selon *une des modalités* d'application qui ont ensuite été indiquées dans l'avis.

8. *Ibidem*, par. 13.4.

9. Parmi les nombreux commentaires, voir notamment L. MARGUET, « Quand la Cour EDH et la Cour de cassation tissent les liens : filiation, mère d'intention et enfant né d'une GPA à l'étranger », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, 11 juin 2019.

10. Cour EDH, *Avis consultatif*, cité, par. 46.

11. *Ibidem*, par. 49.

12. *Ibidem*, par. 52.

13. *Ibidem*, par. 53.

14. Ordonnance commentée, n° 8325, citée, p. 17.

15. *Ibidem*, p. 17-20.

16. Cour const. it. déc. n° 170/1984 *Granital*, reconnaissant la primauté des règlements européens et la conséquente non-application par tous les juges de la norme interne en conflit avec les premiers. Voir ensuite, entre autres, Cour const. it., déc. n° 113/1985 et n° 389/1989, reconnaissant la primauté des arrêts de la CJUE portant sur des dispositions directement applicables et la conséquente non-application de la norme interne par les juges communs et les autorités administratives nationales ; n° 168/1991 élargissant la doctrine de la non-application aux hypothèses de conflit avec des directives « *self-executing* ». La seule exception à la primauté est constituée par la doctrine des « contre-limites », établie par les décisions n° 170/1984 et n° 399/1987.

17. Art. 117 al. 1^{er} Const. : « Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de l'ordre juridique communautaire et des obligations internationales. »

18. Sur ces jurisprudences voir notamment F. JACQUELOT, « La Cour constitutionnelle italienne et la CEDH : la révolution à rebours des arrêts 348 et 349 de 2007 », *RFDC*, n° 4, 2008, p. 883 ; F. LAFFAILLE, « CEDH et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative », *RDP*, n° 4, 2009, p. 1137 et, sur les suites de ces jurisprudences, voir T. GROPPPI, « La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne. Une recherche empirique », *Federalismi.it*, 2 novembre 2016, p. 4 sqq.

19. Pour une analyse comparée des deux approches, voir F. JACQUELOT, « La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », *RDP*, n° 5, 2011, p. 1235 et 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 », *RFDC*, n° 4, 2015, p. 887.

20. Voir, entre autres, Cour const. it., arrêts n° 93/2010 et 113/2011. Voir T. GROPPPI, « La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne », *op.cit.*, p. 4 sqq.

21. Tout au long de l'ordonnance commentée, la juridiction de renvoi utilise cette expression qui, selon une définition généralement acceptée, désigne l'interprétation consolidée donnée à une disposition législative par les juridictions ordinaires, et notamment par la Cour de cassation. Pour une analyse de cette notion voir notamment C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, Paris – Aix-en-Provence, 2003, spec. p. 13.

22. Cass. civ. it., Sections Unies, arrêt n° 12193, cité, par. 13.4.

23. Voir Cour EDH, *Avis consultatif*, cité, par. 39 ainsi que les arrêts *Menesson c. France*, par. 99 et *Labassée c. France*, par. 78.

24. Ordonnance commentée, n° 8325, citée, p. 16.

25. *Ibidem.*

26. Voir notamment les considérations par M. C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini, cit.*, p. 16 ss. et A. SCHUSTER, *GPA : la tutela del minore limite invalicabile, cit.*

27. *Ibidem.*

28. Ordonnance commentée, n° 8325, citée, p. 11.

29. G. SORRENTI, « Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU », *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 luglio 2014, p. 12.

30. Voir les considérations faites par A. RUGGERI, « L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema » in A. BERNARDI (dir.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Naples, 2015, p. 153 sqq. (cité aussi par CONTI, p. 5, NBP 7).

31. Sulla nozione di "questioni di principio" e le sue possibili conseguenze alla luce di questa prima richiesta: P. DEUMIER et H. FULCHIRON, *Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ?*, Dalloz, 2019, p. 228.

32. Corte EDU, Parere, *cit.*, par. 26. Su questi aspetti, si vedano le osservazioni già formulate in A.M. LECIS COCCO ORTU, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *Diritti comparati*, 9 maggio 2019.

33. Rapport explicatif, par. 27.

34. Ordonnance commentée, n° 8325, citée, p. 22.

35. Marta CARTABIA, actuelle Présidente de la Cour constitutionnelle italienne, défend un « constitutional pluralism approach » in « Europe as a Space of Constitutional Interdependence : New Questions about the Preliminary Ruling », *German Law Journal*, vol. 16, n° 6, 2015, p. 1791-1796, où elle observe à propos du renvoi préjudiciel à la CJUE, que : « The preliminary ruling procedure is one of the more powerful procedural connectors among courts serving the cause of constitutional pluralism », p. 1794. Voir aussi A. Ruggeri, « Protocollo 16 e identità costituzionale », *Rivista di Diritti comparati*, 2020, p. 1 sq. Sur le pluralisme comme théorie de résolution des conflits entre droit national et international, voir aussi A. VON BOGDANDY, « Pluralisme, effet direct et une ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne », in H. Ruiz Fabri, M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la globalisation et de la privatisation*, Société de législation comparée, Paris, 2011, p. 75-92. Voir aussi M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : Tome 2, le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, qui préconisait l'émergence d'un « pluralisme ordonné » comme solution à la fragmentation du droit, pour organiser les rapports entre systèmes et entre sources nationales, européennes et internationales. Néanmoins, si cette théorie si heurtait à une série d'obstacles mis en lumière par l'auteure, la notion de « pluralisme constitutionnel » semble déjà trouver une application concrète réussie dans le domaine des sources « substantiellement constitutionnelles » des droits et libertés dans l'espace européen.

36. M. LUCIANI, *Audition devant les commissions réunies*, disponible sur le site de la Chambre des députés, voir aussi M. LUCIANI, « Note critique sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU », in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 27 novembre 2019.

37. Sur les exemples de dialogue-conflit bénéfique entre les hautes juridictions italiennes et, respectivement, la Cour EDH (dans l'Affaire *Maggio*, avec la résistance de la Cour constitutionnelle italienne à la jurisprudence strasbourgeoise) et la CJUE (dans l'Affaire *Taricco*), voir les considérations de D. TEGA, « Politica e Corte EDU dopo la Conferenza di Copenaghen », *Quad.cost.*, n° 3, 2018, p. 718.

38. G. MARTINICO, « The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law », *German Law Journal*, n° 6, 2015, p. 1343. Voir aussi P. GRAGL, « (Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16 », *Eur.L.Rev.*, 2013, p. 229.

39. Voir l’affaire « *Maggio ou des retraités suisses* » : la décision de la Cour constitutionnelle, qui a suivi l’arrêt Cour EDH *Maggio et autres c. Italie*, constitue un exemple de « résistance » de la Cour constitutionnelle italienne à la jurisprudence strasbourgeoise, fondée sur le fait que « contrairement à la Cour EDH, [la Cour constitutionnelle italienne] effectue une évaluation systémique, et non isolée, des valeurs impliquées par la norme examinée et elle est donc tenue à une opération de conciliation, qui appartient à elle seule et qui a conduit à la solution indiquée » (Cour. const. it. déc. n° 264/2012, cons. 5.4).

40. Voir l’affaire *Taricco* et les réflexions par Voir M. CARTABIA, G. LATTANZI, « Dialogue between Courts and the *Taricco* Case », *Confluence des droits-La revue*, n° 2, 2020, en ligne <http://confluencedesdroits-larevue.com/?p=724>; N. PERLO, « La voie italienne pour préserver la collaboration des juridictions dans l’Union européenne. Étude sur l’affaire *Taricco* », *RTDEur*, 2017, n° 4, p. 739.

41. Sur cette question et sur les arguments mobilisés dans le débat italien en faveur et contre la ratification, il nous soit permis de renvoyer à A.M. LECIS COCCO ORTU, « Le Protocole 16 et l’exemple italien : La ratification oubliée et le dialogue manqué dans l’affaire des enfants nés d’une GPA », in C. TZUTZUIANO, T. DISPERATI (dir.), *La saisine pour avis de la CEDH : entrée en vigueur du Protocole n° 16*, PUAM, à paraître, 2020.

ABSTRACTS

Alors que le statut des enfants nés d’une gestation pour autrui à l’étranger a donné lieu à un dialogue florissant entre la Cour de cassation française et la Cour de Strasbourg, la question n’est pas moins riche de rebondissements sur le versant italien.

Par une décision du 29 avril 2020, la Cour de cassation italienne a renvoyé à la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité essentiellement fondée sur l’avis rendu par la Cour EDH le 10 avril 2019. Dans cette décision, l’avis de la Cour EDH est pris en compte tantôt comme droit vivant conventionnel constituant la norme de référence du contrôle de conventionnalité, tantôt comme élément mobilisé dans l’interprétation des dispositions constitutionnelles internes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité.

Cette mobilisation inédite de l’avis consultatif rendu par la Cour européenne mérite ainsi attention non seulement pour l’intérêt de la question sur le fond, mais surtout du point de vue des techniques interprétatives mobilisées en matière des droits fondamentaux dans l’espace européen.

AUTHOR

ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU

Maîtresse de conférences, Sciences Po Bordeaux