

L'ATTRIBUTION DES EFFETS *ERGA OMNES* AUX ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN ITALIE : LA RÉVOLUTION EST EN MARCHÉ

Nicoletta PERLO
Maître de conférences
Université Toulouse I Capitole

Face au système de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), l'Italie, jusqu'à maintenant, a adopté une attitude foncièrement dualiste. En 2007, la Cour constitutionnelle, soucieuse de garder son rôle de protagoniste en matière de protection des droits et des libertés, s'est emparée du contrôle de conventionnalité. Sur la base de l'article 117 de la Constitution, la Cour a notamment imposé à tout juge ordinaire de la saisir lorsqu'il relève un conflit entre une disposition conventionnelle et une norme interne. L'article 117 impose en effet à l'Etat de se conformer aux obligations internationales contractées. Une norme interne non conforme à une norme conventionnelle porte alors atteinte à l'obligation constitutionnelle prévue par l'article 117, justifiant la compétence du juge de la loi en la matière. La Cour constitutionnelle juge alors de la conformité à la Constitution de la norme interne et, indirectement, se prononce sur sa conventionnalité¹.

Ainsi, à la différence de la France, qui a fait le choix d'un contrôle de conventionnalité diffus, remis par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à la compétence des juridictions administratives et judiciaires², en Italie, l'application de la Convention est laborieuse et souvent retardée par la complexité de la procédure à suivre³. Cela va au détriment du droit substantiel, et, plus particulièrement, d'une protection immédiate et effective des droits des individus.

Cette situation n'a pas manqué de générer des tensions entre les juges ordinaires italiens, sollicités par les victimes des violations et soucieux d'assurer une garantie rapide de leurs droits, et le juge de la loi, préoccupé de préserver la primauté de la Constitution et son propre rôle de juge de dernière instance dans la protection des libertés. Ainsi, depuis le début des années 2000, les juges de droit commun ont essayé à plusieurs reprises de s'emparer du contrôle de conventionnalité⁴, et la Cour constitutionnelle, de façon constante, s'y est

¹ La Cour constitutionnelle a élaboré et motivé en droit le mécanisme du contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre de deux arrêts dits « jumels », n°348 et n°349 de 2007, suivis ensuite par deux autres arrêts, n°311 et n°317 de 2009, qui ont confirmé et précisé les premières décisions. Cette jurisprudence reconnaît aux dispositions de la Convention EDH un rang supra-législatif et infra-constitutionnel : les juges nationaux contestent la constitutionnalité d'une norme interne, puisque, celle-ci, en violant une disposition conventionnelle « interposée », porte atteinte à l'obligation constitutionnelle de respecter les accords internationaux transposés par la loi en droit interne. V. : F. LAFFAILLE, « CEDH et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes », *RDP*, juill.-août 2009, n°4, pp. 1137 ss.

² C. C., déc. n°74-54 DC 15 janv. 1975, et déc. n°2010-605 DC du 12 mai 2010. Les juges ordinaires se sont attribués le pouvoir d'écarter la loi incompatible avec un engagement international par deux arrêts de référence : Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Soc. des cafés Jacques Vabre*, *AJDA*, 1975, II, p. 567 et CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* 190.

³ Pour une comparaison entre les deux pays v. : F. JACQUELOT, « La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », *RDP*, sept.-oct. 2011, n°5, pp. 1235-1254.

⁴ Cour d'appel de Rome, sect. travail, ordonnance du 11 avril 2002, <http://www.dirittiuomo.it/corte-d'appello-di-roma> ; Ass. Plén. Cour Cass., arrêt n°28507 du 23 décembre 2005, www.cortedicassazione.it. V. : M. MENGOZZI,

opposée⁵, sans réussir toutefois à les décourager. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a fourni un nouveau prétexte aux magistrats italiens : sur le fondement de la future adhésion de l'Union européenne à la CEDH, ils ont à nouveau essayé de donner application directe aux dispositions conventionnelles⁶. La Cour constitutionnelle a très rapidement freiné les enthousiasmes, en rappelant que jusqu'à ce que l'adhésion ne soit effective, le système de la CEDH ne peut pas être assimilé à l'ordre juridique de l'Union européenne⁷.

Face à l'opposition de la Cour constitutionnelle, dans les toutes dernières années, les juges italiens ont alors tenté de satisfaire sous d'autres formes « la nécessité d'une interaction dialogique entre l'activité herméneutique du juge national et du juge européen, dans la perspective d'une protection plus complète des droits fondamentaux de la personne »⁸. En 2010 et en 2011, la Cour de cassation d'abord, et un juge de première instance par la suite, ont affirmé qu'au nom de la protection des droits fondamentaux ils adhéraient à l'approche « axiologique-substantielle » des sources du droit, de matrice anglo-saxonne, caractérisant le système de la Convention EDH⁹. Révolutionnant le système italien des sources du droit, kelsenien et pyramidal, les juges ont considéré pouvoir attribuer, dans certaines conditions, une valeur normative aux décisions jurisprudentielles, prenant appui sur le phénomène d'eupéanisation de la protection des droits, qui brouille de plus en plus les frontières entre les systèmes de *common law* et de *civil law*¹⁰.

En 2013, les juges italiens poussent encore plus loin leur audace dans le but d'assurer une intégration accrue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en droit interne. D'une part, ils attribuent les effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH concernant un « problème structurel » de l'ordre juridique italien¹¹, afin que les

« I rapporti tra la Cedu e la legge Pinto: le sezioni unite tornano a pronunciarsi sul tema », in *Giur. Cost.* 2007, p. 517. D'autres arrêts vont dans le même sens v. : V. SCARABBA, *Tra fonti e corti*, Padova, 2008, p. 307 et ss. ; M.C. VILLANI, « La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della Cedu », in www.federalismi.it, n°20/2010.

⁵ Après les deux arrêts « jumelles » de la Cour constitutionnelle, n°348 et n°349 de 2007, *cit.*, qui encadrent le contrôle de conventionnalité

⁶ Parmi les tentatives les plus remarquées : Conseil d'État (Sect. IV n°1220, 2 mars 2010) et Tribunal administratif de la Région Latium (Sect. II bis, n°11984, 18 mai 2010). L. FONTAINE et F. LAFFAILLE, « La "communautarisation" de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le juge administratif italien et les normes européennes », *RDP*, n°127/2011, 4, juill.-août, pp. 1015 ss.

⁷ Cour const., arrêt n°80, 7 mars 2011, *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1224 e ss. Comm. : A. RUGGERI, « La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo », www.forumcostituzionale.it. Dans le même sens : Cour const., arrêt n° 230, 12 octobre 2012, www.cortecostituzionale.it

⁸ Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, n°18288, 21 janvier 2010, in C.e.d. Cass., n° 246651, pt. 5.

⁹ Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, *cit.* et Trib. Torino, sect. III pén., ord. 27 juin 2011, Juge Natale, in *Diritto penale contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/questione%20leg%20cost%20673.pdf>

¹⁰ Nous nous permettons de renvoyer à : N. PERLO, « La Cour constitutionnelle italienne et le défi de la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique » ? », *RFDC*, n°95, juill. 2013, pp. 717-734.

¹¹ Nous tenons à préciser que les effets *erga omnes* dont on traite concernent la production d'effets par les décisions de la Cour EDH exclusivement à l'intérieur de l'Etat condamné. Le plus souvent, en effet, l'étude de la valeur *erga omnes* des décisions de la Cour renvoie aux effets généraux produits par ces dernières vis-à-vis des Etats parties non impliqués dans la procédure. La Cour a formulé l'effet *erga omnes* de ses arrêts en affirmant, dans l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* (18 janvier 1978, req. n° 5310/71) que ses arrêts servent à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention. V. sur ce point : Cour EDH, Gr. ch., 7 février 2013, *Fabris c/France*, req. n°16574/08, opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque sur l'effet direct et *erga omnes* des arrêts de la Cour.

individus se trouvant dans des situations analogues puissent faire valoir la décision européenne devant les juges nationaux et ces derniers puissent l'appliquer, même au détriment de l'autorité absolue de la chose jugée. D'autre part, ils donnent exécution directe à la décision de la Cour EDH dans le cadre de l'affaire décidée par le juge strasbourgeois, malgré que le législateur n'ait pas encore abrogé la norme interne condamnée.

Mais pour quelle raison les juges italiens manifestent un intérêt si grand pour le système de la CEDH ? La réponse est simple et les trois cas l'illustrent bien. La jurisprudence européenne représente pour les magistrats le moyen pour pallier les défaillances d'un législateur qui, dans les dernières années, a adopté des lois attentatoires aux droits et libertés et qui a été très peu réactif face aux condamnations de la Cour EDH. L'action de la Cour constitutionnelle, bien qu'essentielle, n'est pas suffisante pour remédier aux carences du législateur et surtout n'est pas conçue pour une intervention d'urgence. Ainsi, afin de mettre fin le plus rapidement possible à des situations de violation grave des droits de l'homme, tout spécialement en matière de liberté personnelle, le pouvoir judiciaire italien a vu dans la Convention EDH et la jurisprudence de sa Cour des alliés précieux.

Le dynamisme des juges italiens produit un effet double : sur le plan du droit interne, il contribue à combler les lacunes législatives en matière de protection des droits et à exalter l'activisme judiciaire ; sur le plan du système de la Convention EDH, il renforce sensiblement la tendance à la constitutionnalisation du contentieux européen. Les juges italiens, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour EDH pour forcer la procédure établie et faire prévaloir le droit substantiel, contribuent à éteindre la portée générale et obligatoire des décisions des juges strasbourgeois. Ces derniers, d'ailleurs, à partir des années quatre-vingt-dix, ont œuvré en ce sens, essayant de donner plus de force contraignante à leurs arrêts¹². Certes, l'effet des arrêts strasbourgeois ne va toujours pas jusqu'à l'abrogation de la loi, l'annulation de l'acte ou la cassation de la décision d'où procède cette violation, toutefois, ces décisions ont bien un caractère obligatoire pour les juges des cours suprêmes de l'Etat condamné, qui sont tenues de s'y conformer pour tous les cas analogues, dans l'attente d'une intervention législative¹³.

La Cour constitutionnelle italienne, face, d'une part, à l'activisme judiciaire national et face, d'autre part, au renforcement du rôle de la jurisprudence européenne en droit interne, fait œuvre d'arbitre. Le juge de la loi n'est certes pas insensible à l'exigence d'assurer une protection effective des droits, mais veille, en même temps, à préserver la cohérence structurelle de l'ordre juridique. Ainsi, si parfois la Cour constitutionnelle n'hésite pas à censurer les hardiesses de la Cour suprême au nom du respect de la séparation des pouvoirs¹⁴, d'autre fois, elle valide, avec les précautions nécessaires, les audaces des juges de droit commun. C'est le cas, notamment, de l'arrêt n° 210 du 3 juillet 2013, qui entrouvre la porte à la reconnaissance de la portée normative de certaines décisions de la Cour EDH, et, par conséquent, à l'application directe de ces dernières aux cas analogues.

L'arrêt de juillet 2013 marque une étape centrale dans l'évolution des rapports entre l'ordre juridique italien et le système de la CEDH, reconnaissant un nouvel espace

¹² La Cour EDH prend ainsi progressivement ses distances de l'arrêt *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, Série A, qui avait précisé le caractère simplement déclaratoire de ses décisions.

¹³ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, Série A, n° 214-C, AFDI 1991, 588, obs. V. Coussirat-Coustère ; Cour EDH, 23 mai 2006, *Grant c/ Royaume-Uni*, req. n° 32570/03.

¹⁴ Cour const., arrêt n°230/2012, *cit.*

d'intervention aux juges ordinaires et contribuant de fait à l'érosion du monopole de la *Consulta* dans l'exercice du contrôle de conventionnalité.

Afin d'étudier cette nouvelle étape de la relation entre les systèmes italien et conventionnel, nous allons analyser, dans un premier temps, la question préjudicielle qui a déclenché le contrôle de constitutionnalité. Le juge *a quo* est en effet l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Sa saisine a par conséquent une autorité accrue et la motivation, très exhaustive, illustre les arguments juridiques qui militent en faveur de la reconnaissance de la valeur normative des décisions pilotes de la Cour EDH, ainsi que d'un rôle plus important des juges ordinaires dans l'exécution des décisions strasbourgeoises (I). La réponse favorable de la Cour constitutionnelle à la question soulevée altère profondément le statut et la place du droit conventionnel en droit interne, appelant à une réorganisation future du contrôle de conventionnalité, comme en atteste la jurisprudence successive des magistrats ordinaires (II).

I. L'activisme de la Cour de cassation italienne

En 2009, la Cour de cassation est saisie du recours d'un condamné, M. E. S., qui réclame une commutation de peine en force d'une décision de la Cour EDH, prononcée le 17 septembre 2009¹⁵. Le détenu allègue que sa situation est analogue à celle de l'affaire traitée par la Cour strasbourgeoise et que pour cela les effets de la décision s'étendent à son propre cas (A). Une telle demande apparaît comme un facteur potentiel de déstabilisation du système juridique, pouvant conduire à la remise en cause de l'autorité de la chose jugée et à une modification sensible de la place du droit et de la jurisprudence conventionnelle en droit interne. La Cour de cassation décide alors de statuer en Assemblée Plénière et, après débat, tranche en faveur de l'attribution des effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH. Elle saisit alors la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle (B).

A. L'affaire *Scoppola*

L'affaire à l'origine de la question préjudicielle est assez complexe et exige d'être détaillé afin de comprendre la décision de la Cour de cassation et, par la suite, celle de la Cour constitutionnelle.

Le 2 janvier 2000, la loi « Carotti »¹⁶ entre en vigueur et modifie le 2^e alinéa de l'article 442 du Code de procédure pénal. Cet article régit la décision du juge dans le *giudizio abbreviato*, une procédure spéciale qui peut être adoptée sur demande de l'accusé. Dans cette procédure, le juge de l'audience préliminaire¹⁷ statue de façon définitive sur la base des actes existants. En cas de condamnation, le recours à cette procédure permet au condamné de bénéficier de la réduction d'un tiers de la peine¹⁸. La loi « Carotti » avait prévu

¹⁵ CEDH, Grande Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./Italie*, req. n°126/5.

¹⁶ Loi n°479 du 16 décembre 1999, in *G.U.* n° 296 du 18 décembre 1999.

¹⁷ En Italie, l'audience préliminaire fait suite à l'acte d'accusation émis par le ministère public. Le juge de l'audience préliminaire doit déterminer si existent suffisamment d'éléments pour la tenue d'un procès pénal. L'audience impose la présence du ministère public et du défendeur de l'accusé. Au terme de l'audience, le juge décide de la mise en accusation ou du non-lieu. C'est lors de l'audience préliminaire que l'accusé peut demander d'avoir recours au *giudizio abbreviato*.

¹⁸ La « procédure abrégée » est régie par les art. 438 ss. du Code de procédure pénale italien.

que les personnes accusées de crimes punis par la peine à perpétuité pouvaient avoir accès à la « procédure abrégée » et bénéficier ainsi d'une peine d'emprisonnement de trente ans au lieu de la réclusion à vie¹⁹. De nombreux accusés s'étaient alors pressés de demander d'être jugés par le *giudizio abbreviato*. Toutefois, quelques mois après, les protestations de la société civile, mobilisée contre des allègements de peine dont profitaient surtout les affiliés aux organisations mafieuses, conduisent le législateur à faire en partie marche arrière.

Le 24 novembre 2000, le gouvernement adopte un décret-loi²⁰ qui serait censé donner une interprétation authentique de l'article 442 du Code de procédure pénale, modifié par la loi « Carotti ». L'interprétation authentique est un mécanisme normatif qui n'existe pas en France et qui a déjà valu à l'Italie plusieurs condamnations de la part de la Cour EDH²¹. L'interprétation authentique de la loi est effectuée par le législateur, afin d'établir l'interprétation de la norme qui, seule, exprime la *voluntas legislatoris*. Puisque cette loi établit l'interprétation « authentique », elle produit des effets *ex tunc*, c'est-à-dire à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Elle est donc rétroactive et, en droit civil et d'autant plus en droit pénal, ne peut pas innover, en introduisant des nouvelles règles de droit²².

Dans le cas d'espèce, le décret-loi de novembre 2000 établit une interprétation qui restreint sensiblement le bénéfice de la réduction de la peine prévu par la loi « Carotti », opérant une distinction entre les condamnés à la peine à perpétuité simple et les condamnés à la peine à perpétuité aggravée. Désormais, les condamnés à la réclusion à perpétuité simple, c'est-à-dire sans isolement pendant la journée, peuvent obtenir la commutation de la peine en trente ans de réclusion s'ils demandent la procédure abrégée. En revanche, les condamnés à la peine à perpétuité avec isolement pendant la journée, s'ils ont recours à la procédure abrégée, seront condamnés à la peine à perpétuité simple, c'est-à-dire sans isolement²³.

Le décret-loi, allant bien au-delà de la fonction interprétative affichée, introduit ainsi

¹⁹ Art. 30, 1^{er} al., lett. b) de la loi n°479 *cit.*

²⁰ Décret-loi n°341 du 24 novembre 2000, in *G.U.* n°275 du 24 novembre 2000, converti par la Loi n°4 du 20 janvier 2001, in *G. U.* n° 16 du 20 janvier 2001.

²¹ Les lois d'interprétation authentique sont souvent accusées de violer les règles du procès équitable (art. 6 CEDH) ainsi que le principe de séparation des pouvoirs, lorsque l'Etat, par leur biais, semble vouloir conditionner les juges dans leur travail d'interprètes. En outre, puisque ces lois produisent leurs effets de façon rétroactive, la Cour EDH est en général très sévère dans le contrôle de ces normes. Elle les admet seulement pour des motifs impératifs d'intérêt général (20 février 2003, *Forrer-Niederthal c./ Allemagne*; 23 octobre 1997, *National & Provincial Building Society et al. c./ RU*; 27 mai 2004, *Ogis-institut Stanislas et al. c./ France*). Les deux arrêts les plus récents relatifs à l'Italie sont : 7 juin 2011, *Agrati et al. c./ Italie* ; 31 maggio 2011, *Maggio et al. c./ Italie*. Sur l'affaire *Agrati* : M. MASSA, « Agrati, Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività », in www.forumcostituzionale.it ; S. FOA, « Un conflitto d'interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale », in www.federalismi.it. Sur l'affaire *Maggio* : A. Valentino, « Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere" », *Associazione italiana dei costituzionalisti*, septembre 2013, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Nota%20Valentino.pdf>

²² La Cour constitutionnelle italienne a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des lois d'interprétation authentique (parmi d'autres, Cour Const., arrêt n° 155/1990). La Cour adopte une attitude moins restrictive de celle de la Cour EDH. Elle considère que, dans le respect du principe de non rétroactivité de la loi pénale (art. 25, Const.), le législateur peut adopter des dispositions rétroactives, y compris d'interprétation authentique, à la condition que la rétroactivité soit justifiée par l'exigence de protéger des principes, des droits et des biens de rang constitutionnel, qui constituent aussi des « motifs impératifs d'intérêt général », conformément à la jurisprudence de la Cour EDH (parmi d'autres : Corte Cost. n°15/2012).

²³ Art. 7, décret-loi.

un traitement moins favorable pour les détenus qui, entre les mois de janvier et de novembre 2000, avaient espéré de pouvoir bénéficier d'une peine plus douce. *A priori*, le principe qui gouverne la succession des lois pénales empêcherait l'application rétroactive de la norme, mais, s'agissant d'une loi d'interprétation, les effets sont rétroactifs²⁴. Il s'agit bien d'un stratagème astucieux élaboré par un législateur mal à l'aise face à une opinion publique scandalisée par ces allègements de peine. Le législateur italien déguise une loi pénale successive en loi d'interprétation et peut ainsi annoncer que les criminels les plus farouches continueront d'escompter leur peine à vie. Toutefois, une atteinte si grave aux principes fondamentaux du droit pénal ne pouvait pas passer inaperçue.

Ainsi, les avocats de l'une des personnes concernées, M. Scoppola, une fois la condamnation définitive à la peine à perpétuité simple prononcée par la Cour de cassation, saisissent la Cour EDH et, en 2009, obtiennent gain cause. L'Etat italien est condamné par la Grande Chambre pour violation des articles 6 et 7 de la Convention²⁵. M. Scoppola, en force de l'article 46 §1 de la Convention²⁶, peut alors bénéficier d'une commutation de la peine en trente ans d'emprisonnement²⁷.

Très vite, la question de l'applicabilité de l'arrêt *Scoppola* de la Cour EDH à des cas analogues se pose. En effet, bien d'autres condamnés se trouvent dans la même situation, mais, défendus par des avocats moins actifs, une fois condamnés à la peine à perpétuité simple, ils n'ont pas exercé leur droit de recours devant la Cour EDH. C'est le cas de M. E. S., qui, en 2009, quand l'arrêt *Scoppola c. Italie* est rendu, demande au juge de l'application des peines de substituer la peine à perpétuité qui lui a été infligé malgré son recours à la procédure abrégée, avec la peine de trente ans de réclusion criminelle, affirmant que la décision européenne peut bien s'appliquer aux cas analogues. Le juge compétent, toutefois, rejette la demande du détenu considérant que la Cour EDH n'a pas constaté la violation de l'article 7 de la Convention dans le cas d'espèce, et, puisque les décisions de la Cour strasbourgeoise ne produisent pas des effets généraux obligatoires, aucun élément nouveau ne justifie une révision de la peine. M. E. S. présente alors un pourvoi en Cassation.

L'importance de l'affaire conduit la Cour de cassation à examiner le cas de M. E. S. en formation plénière. Le recours soulève en effet des questions politico-juridiques délicates. D'une part, il ouvre la possibilité tout à fait nouvelle d'attribuer les effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH, introduisant un facteur d'intégration très important du droit conventionnel en droit interne. D'autre part, le recours au juge de Cassation constitue une dénonciation indirecte de l'inertie du législateur italien, qui, malgré l'obligation juridique de

²⁴ Les lois d'interprétation, en effet, dérogent au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère affirmé en droit interne (art. 11 du Code civil et art. 25 Const.) et en droit conventionnel (art. 7, Conv. EDH) puisqu'elles se soudent à la norme interprétée, allant constituer un bloc normatif unique et compact. L'interprétation authentique de la loi et les effets qu'elle peut produire ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique, mais ils sont remis aux principes généraux du droit et aux déductions logiques des juges. La Cour constitutionnelle a donc joué un rôle central dans la définition des critères permettant d'identifier les dispositions d'interprétation. V. notamment : Cour const. arrêts n°209/2010 ; n°6/1994 ; n°424/1993 ; n°283/1993 ; n° 39/1993 ; n°155/1990 et n°233/1988

²⁵ Cour EDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./ Italie* (n° 2), req. n° 10249/03.

²⁶ L'art. 46 §1 prévoit que l'État condamné est obligé de prendre les mesures individuelles propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce.

²⁷ Cour cass., 11 février 2010, in *C.E.D. Cass.* n°247244.

se conformer aux arrêts définitifs de la Cour²⁸, au travers de l'adoption de mesures générales ou, si c'est le cas, individuelles, pour mettre fin à la violation constatée et éviter d'autres violations analogues²⁹, n'a pas abrogé la norme considérée comme non conforme à la Convention. De façon quelque peu déconcertante, après la décision *Scoppola*, l'Etat italien a en effet déclaré au Comité des ministres du Conseil de l'Europe³⁰ que l'« effet direct » attribué par les juges italiens aux arrêts de la Cour EDH aurait constitué une garantie suffisante pour prévenir les violations ultérieures de l'article 7 de la Convention dans des cas analogues à celui de M. Scoppola³¹. Si le Comité des ministres semble rassuré par cette explication³², le gouvernement italien, en réalité, simplifie avec une légèreté excessive l'état du droit italien en la matière. En force d'une jurisprudence constitutionnelle consolidée, en effet, en Italie le droit conventionnel ne produit pas d'« effet direct ». Jusqu'alors, les décisions de la Cour EDH n'ont d'effet que pour l'affaire examinée. Quant aux dispositions conventionnelles, les juges ordinaires ne peuvent pas leur accorder la primauté, écartant la norme interne non conforme au droit conventionnel, mais ils doivent saisir la Cour constitutionnelle, seule compétente pour effectuer le contrôle de conventionnalité³³.

Ainsi de nombreux juges de l'application des peines, à l'instar du juge du cas d'espèce, ont ignoré les affirmations du gouvernement italien et, forts de leur indépendance et d'une jurisprudence consolidée, ont refusé de donner application directe à l'arrêt *Scoppola c. Italie* de la Cour EDH, considérant que l'autorité de la chose jugée ne peut pas être dépassée sans que le condamné ne puisse alléguer la décision d'une cour supranationale le concernant³⁴.

B. La question préjudicielle de constitutionnalité

En avril 2012, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle relative aux articles 7 et 8 du décret-loi du 24 novembre 2000. La Haute Cour demande au juge de la loi d'effectuer deux typologies de contrôle : un contrôle de constitutionnalité concernant la violation du principe d'égalité (art. 3 C.) et un contrôle de conventionnalité relatif à la violation de l'article 7 de la Convention, impliquant la violation de l'article 117 de la Constitution³⁵. Pour la Cour, en effet, certaines décisions de la Cour EDH peuvent produire des effets *erga omnes*.

²⁸ Art. 46, §1, Conv. EDH.

²⁹ Cour EDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c./ Italie*. Dans le même sens : Cour EDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./ Italie*; Gr. Ch., 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c./ Italie*; Gr. Ch., 8 avril 2004, *Assanidze c./ Georgie*.

³⁰ L'art. 46, §2-5, Conv. EDH attribue au Comité des ministres et à la Cour des compétences spécifiques pour contrôler la correcte exécution des arrêts des juges de Strasbourg par les Etats condamnés pour la violation de la Convention.

³¹ Résolution du Comité des ministres CM/ResDH(2011)66 du 8 juin 2011.

³² Le Comité des ministres dans la résolution *cit.*, après avoir examiné les mesures individuelles et générales adoptées par l'Etat italien, a conclu que l'Italie a rempli ses obligations *ex art. 46, par. 2, Conv EDH* et a décidé de clore l'affaire. Cela n'est pas très rassurant quant à l'effectivité des pouvoirs d'investigation et de contrôle du Comité.

³³ Cour const., arrêts n°348 et n°349 de 2007.

³⁴ V. G. ROMEO, « Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta : note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013 », 1^{er} octobre 2013, *Diritto penale contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/materia/3-/33-/-/2521-giudicato_penale_e_resistenza_alla_lex_mitior_sopravvenuta_note_sparse_a_margine_di_corte_cost_n_210_del_2013/

³⁵ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012 (dép. 10 septembre 2012), n° 34472, www.giurcost.org

En cela, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence. La Haute Cour, dans une affaire concernant la possibilité d'attribuer au revirement jurisprudentiel les mêmes effets et la même force contraignante que ceux de la loi, n'avait pas hésité à s'appuyer sur la jurisprudence de Strasbourg pour motiver sa décision, partageant l'approche « axiologique-substantielle » des sources du droit qui attribue la force et donc la place de la norme en fonction de son contenu et non pas en fonction de sa forme³⁶.

La reconnaissance des effets *erga omnes* aux décisions de la Cour strasbourgeoise va dans le même sens. La Cour de cassation considère qu'au nom d'une protection accrue des droits et des libertés, les décisions de la Cour EDH peuvent produire les mêmes effets qu'une novation législative plus favorable ou qu'une déclaration d'inconstitutionnalité, au détriment de l'approche traditionnelle italienne, d'inspiration kelsenienne, qui n'attribue pas une valeur normative à la jurisprudence.

Dans sa motivation, la Cour de cassation commence par démystifier le lieu commun selon lequel les arrêts de la Cour EDH ne produiraient qu'un effet *inter partes*, pour consacrer ensuite, avec force, la fonction « para-constitutionnelle »³⁷, de juge de dernière instance en matière de protection des droits et libertés, que la Cour strasbourgeoise désormais revêt.

La Cour de cassation italienne souligne que certains arrêts de la Cour EDH ont d'ores et déjà une valeur *erga omnes*. La Cour de Strasbourg, lorsqu'elle constate des violations liées à des problèmes structurels de l'ordre juridique national, met en place une « procédure d'arrêt pilote », afin d'aider l'Etat partie à résoudre les problèmes repérés par la Cour au niveau national. Dans le but de prévenir des recours analogues à celui sur lequel elle vient de statuer, la Cour européenne indique les mesures générales³⁸ à adopter pour protéger les droits et les libertés des personnes qui se trouvent dans des situations similaires³⁹. Pour la Cour italienne, si à l'origine la jurisprudence de la Cour EDH tendait exclusivement à la résolution de litiges spécifiques, relatifs à des cas concrets, son évolution la conduit désormais à exercer également une « fonction para-constitutionnelle de protection de l'intérêt général »⁴⁰. Les décisions-pilotes seraient alors du droit jurisprudentiel qui, à l'instar du droit législatif, a une portée générale et produit des effets *erga omnes*⁴¹. L'arrêt *Scoppola c. Italie* constitue, selon la Haute Cour, un exemple d'arrêt pilote, puisque, même s'il ne fournit pas des indications

³⁶ Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, *cit.*

³⁷ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*

³⁸ Les mesures générales ne sauraient contraindre juridiquement l'Etat à les exécuter. En force de l'art. 46 Conv. EDH, « les États s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties et ont donc incontestablement l'obligation de prendre les mesures individuelles propres à corriger la violation constatée dans chaque cas d'espèce ». En revanche, cet article laisse formellement libre l'Etat condamné de prendre ou non des mesures générales qui débordent le cas d'espèce, pour réformer la règle interne contraire à la Convention. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, p. 168.

³⁹ Cour EDH, 22 juin 2004, *Broniowski c./ Pologne* ; 19 juin 2006, *Hutten Czapska c./ Pologne* ; 8 janvier 2013, *Torreggiani et al. c./ Italie*. Cette pratique a été encadrée par le nouvel art. 61 du règlement de la Cour, en vigueur depuis le 31 mars 2010.

⁴⁰ Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*, §2.

⁴¹ La pratique des arrêts pilotes a d'ailleurs été renforcée dans les dernières années. En mars 2011, la Cour EDH a codifié la procédure des arrêts pilote dans son règlement (art. 61). De plus, la Conférence de Brighton des 19 et 20 avril 2012 a validé la technique adoptée par la Cour approuvant une Déclaration par laquelle les États membres du Conseil de l'Europe se félicitent de ce que la Cour « continue d'appliquer des mesures proactives, en particulier la procédure de l'arrêt pilote, pour traiter les violations répétitives avec efficacité ». Cité par J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 168.

spécifiques sur les mesures générales que l'Etat italien devrait adopter pour faire cesser la violation, il « met en évidence l'existence d'un problème structurel de l'ordre juridique italien lié à la non conformité à la Convention de l'article 7 du décret-loi n°341 de 2000 »⁴². La décision de la Cour EDH constituerait ainsi un « précédent supranational » qui, censurant les dispositions italiennes, énonce « une règle de portée générale, qui, en tant que telle, est applicable de façon abstraite à des cas d'espèces identiques à l'affaire examinée »⁴³.

Il est intéressant de remarquer que la Cour de cassation italienne fait propre le langage et l'approche du *common law*, important dans le système italien de *civil law*, la notion de « précédent ». De façon certainement déplacée par rapport à la réalité du droit italien, la Haute Cour parle de « précédent supranational », renvoyant à l'idée, déjà avancée par le passé⁴⁴, de la prétendue existence d'une règle du précédent dans l'ordre juridique italien. Pour la Cour de cassation, le précédent de la Cour de Strasbourg semblerait acquérir la valeur d'un acte législatif ou l'autorité absolue d'une déclaration du juge des lois, obligeant tous les juges italiens à s'y conformer.

Cet argument semble, toutefois, contestable sous deux profils. En premier lieu, dans l'ordre juridique italien, le précédent judiciaire n'a pas de force contraignante mais une simple force de persuasion⁴⁵. Cela est confirmé par le principe constitutionnel qui établit la soumission exclusive des juges à la loi⁴⁶. Deuxièmement, la jurisprudence de la Cour EDH est l'expression d'un organe supranational et, par conséquent, son intégration en droit interne n'est pas directe. Les juges italiens sont tenus d'interpréter les normes internes conformément aux dispositions conventionnelles⁴⁷, suivant l'interprétation donnée par la Cour EDH⁴⁸, mais ils ne peuvent pas écarter la loi interne au profit de la disposition conventionnelle⁴⁹. Comme établi par les arrêts jumels de 2007⁵⁰, les juges ordinaires doivent saisir la Cour constitutionnelle via l'article 117, 1^{er} alinéa de la Constitution.

⁴² Cour Cass. pen., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*, §3.

⁴³ *Id.*, §5.

⁴⁴ Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt *Beschi*, *cit.*

⁴⁵ A. PIZZORUSSO, « Delle fonti del diritto », in V. Scialoja et G. Branca (dir. par), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 525 ss; G. FIANDACA, « Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione », *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss.

En France, où le rôle créateur du juge est reconnu avec moins d'hésitation, la règle du précédent est toutefois exclue du système juridique. Le juge français, pris entre l'art. 4 du Code civil, qui lui impose de statuer même en cas d'insuffisance ou d'absence de texte écrit, et l'art. 5, qui interdit des arrêts de règlement, « possède une totale liberté théorique à l'égard des précédents jurisprudentiels » (D. TALLON, « Précédent », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1186). Bien qu'ils existent des « jurisprudences super constantes » dont l'abandon « paraît inconcevable et leur autorité est similaire à celle des précédents en droit anglais » (P. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 2005, n°364), les juridictions inférieures gardent un « pouvoir de résistance » (D. TALLON, « Précédent », *cit.*, p. 1187) vis-à-vis des décisions des instances supérieures.

⁴⁶ Art. 101, 2^e al., Cost. V. : Cour const., arrêt n°40/1964.

⁴⁷ Cour const., arrêts n°349/2007 et 239/2009, in www.cortecostituzionale.it

⁴⁸ Selon la Cour constitutionnelle, « parmi les obligations internationales prises par l'Italie avec la souscription et la ratification de la Conv. EDH, il y a celle d'adapter sa propre législation aux normes du traité, dans le respect de l'interprétation qui leur est donnée par la Cour EDH, instituée spécifiquement pour interpréter et appliquer les normes conventionnelles ». Arrêt n°348/2007, in www.cortecostituzionale.it

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Arrêts dits « jumels », n°348 et n°349 de 2007, *cit.*

De toute évidence, dans sa question préjudicielle, la Cour de cassation essaye de forcer le cadre formel, au profit de la protection substantielle des droits des individus, qui, dans le cas d'espèce, semblent avoir été pris au piège par un législateur rusé.

La Cour de cassation poursuit son raisonnement affirmant que le « dogme de l'autorité de la chose jugée » ne saurait constituer un obstacle à l'extension des effets des décisions de la Cour EDH. Au nom de la protection des droits fondamentaux, l'exécution d'une peine considérée comme illégitime par la Cour EDH paraît « intolérable »⁵¹. En d'autres termes, l'exigence de faire cesser immédiatement l'exécution d'une peine appliquée en force d'une loi *contra legem* prévaut sur l'autorité de la chose jugée.

Par conséquent, tous les juges de l'application des peines, investis par une demande de commutation de la peine présentée par des détenus se trouvant dans la même situation que M. Scoppola, devraient substituer la réclusion à vie en trente ans de détention. Puisqu'un tel cas ne s'est jamais présenté, la Cour de cassation indique que cette révision de la peine devrait se faire de manière analogue à la commutation effectuée par les juges de l'application des peines suite à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition pénale⁵². L'Assemblée plénière assimile ainsi de façon manifeste la décision de la Cour EDH à une déclaration d'inconstitutionnalité, consacrant la fonction « para-constitutionnelle » des juges strasbourgeois.

À ce stade de l'analyse, il paraît légitime de se demander pourquoi la Cour de cassation saisit la Cour constitutionnelle. Puisque les juges de la Haute Cour considère l'arrêt *Scoppola* comme une décision-pilote, un « précédent supranational » applicable directement par tous les juges de l'application des peines, pourquoi ne procèdent-ils pas eux-mêmes à écarter la norme non conventionnelle dans le cas d'espèce, faisant valoir, pour les autres cas, l'autorité persuasive dont bénéficient les décisions adoptées en Assemblée plénière⁵³?

Si la Cour de cassation tente de forcer le cadre juridique italien, elle le fait toutefois dans le respect de la loi et de la jurisprudence constitutionnelle. Elle suggère une réforme révolutionnaire, tout en passant par des procédures légales.

La Cour explique ainsi qu'à la solution de l'application directe de la décision *Scoppola* à tous les cas analogues s'oppose, d'une part, la nature de dispositions apparemment interprétatives des articles 7 et 8 du décret-loi du 24 novembre 2000⁵⁴ et donc leur valeur rétroactive, et, d'autre part, la jurisprudence consolidée de la Cour constitutionnelle qu'impose que le juge ne puisse pas écarter directement les normes contraires à la Convention EDH⁵⁵.

La Cour constitutionnelle est donc appelé à évaluer la compatibilité des dispositions du décret-loi par rapport au principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère via

⁵¹ Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*, § 5.

⁵² C'est ce qui a été décidé par la Cour de cassation suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 61 n°11 bis du Code pénal (Cass. pén., Sect. I, arrêt 27 octobre 2011, dép. 13 janvier 2012, Hauohou, § 5).

⁵³ La Cour de cassation italienne, comme celle française, a une fonction de garant du respect et de l'interprétation uniforme de la loi, ainsi que de l'unité du droit positif (art. 65 de la loi sur le système judiciaire R.D. n°12, 30 janvier 1941). Les décisions prononcées par cet organe en Assemblée Plénière, en outre ont une force persuasive accrue, devant mettre fin à des conflits jurisprudentiels sur des points importants de droit (Cour const., arrêts n° 317/2009, n° 260/1992, n° 292/1985, n° 34/1977).

⁵⁴ Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*, § 9

⁵⁵ *Id.*, § 7-8

l'article 7 de la CEDH, qui joue le rôle de norme interposée entre les normes internes ordinaire et constitutionnelle (notamment, l'article 117, al. 1^{er} C.), et par rapport au principe de l'égalité de traitement de situations individuelles identiques (article 3, C)⁵⁶. Effectuant ce contrôle, le juge de la loi va indirectement trancher la question des effets que certains arrêts de la Cour EDH peuvent produire dans l'ordre interne. Si elle déclare l'inconstitutionnalité de l'art. 7 du décret-loi de 2000, la *Consulta* donne en effet la possibilité aux juges de l'application des peines d'interpréter l'art. 442 du code de procédure pénale dans le sens le plus favorable au condamné, c'est-à-dire conformément à la jurisprudence européenne *Scoppola c. Italie*.

II. L'érosion du monopole de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de conventionnalité

Le 18 juillet 2013, la Cour constitutionnelle répond à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation pénale et, de façon assez surprenante, accorde les effets *erga omnes* à l'arrêt *Scoppola* de la Cour EDH (A). Cela a des répercussions immédiates : les juges ordinaires saisissent l'opportunité de s'appuyer sur la nouvelle jurisprudence constitutionnelle pour étendre leurs compétences en matière de contrôle de conventionnalité (B).

A. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 juillet 2013

La Cour constitutionnelle, après avoir précisé que la question de constitutionnalité n'est admissible qu'en relation à l'article 7, 1^{er} al., du décret-loi n°341 de 2000⁵⁷, ouvre, de façon inattendue, la possibilité d'attribuer les effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH qui révèlent des problèmes structurels de l'ordre juridique italien.

Le juge de la loi adhère à l'analyse de la Cour de cassation et constate que, si à l'origine la Cour EDH adoptait « une attitude de *self-restraint* », considérant ses propres décisions comme déclaratives et laissant à la discrétion des Etats le choix des moyens pour se conformer à ses arrêts, désormais, elle est beaucoup plus restrictive⁵⁸. Depuis l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italia* du 13 juillet 2000, l'Etat condamné ne doit plus seulement assurer la *restitutio in integrum* de l'individu dont les droits ont été bafoués⁵⁹, mais il doit également enlever les obstacles qui, dans la législation nationale, empêchent le droit interne de se conformer pleinement au droit conventionnel⁶⁰. La Cour constitutionnelle, à l'instar de la Cour de cassation, considère que le phénomène des « arrêts pilotes » va bien dans le sens d'un élargissement de la portée des décisions de la Cour EDH.

⁵⁶ *Id.*, §10.

⁵⁷ Selon la Cour constitutionnelle, le juge *a quo* n'a pas suffisamment motivé les profils d'inconstitutionnalité de l'art. 8 du décret-loi de 2000. Concernant l'article 7, seulement le 1^{er} al. est relevant, alors que le 2^e al. ne concerne pas spécifiquement le jugement *a quo*. Cour const., arrêt n°210 du 18 juillet 2013, §7, in www.cortecostituzionale.it

⁵⁸ §7.1.

⁵⁹ *Ex plurimis*, Cour EDH, Gr. Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c./ Italie* ; 8 février 2007, *Kollcaku c./ Italie* ; 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italie* ; 18 mai 2004, *Somogyi c./ Italie* ; Gr. Ch., 8 avril 2004, *Assanidze c./ Géorgie*.

⁶⁰ Cour EDH, *Scoppola c./Italie, cit.* ; *Assanidze c./ Géorgie, cit.*

Toutefois, à la différence de la Haute Cour, pour le juge de la loi, l'arrêt *Scoppola c. Italie* ne saurait s'apparenter à cette typologie de décision. La *Consulta* souligne que, dans leur motivation, les juges strasbourgeois se concentrent sur les mesures individuelles que l'Etat italien doit adopter, affirmant expressément qu'« en la présente espèce, la Cour n'estime pas nécessaire d'indiquer des mesures générales qui s'imposeraient au niveau national dans le cadre de l'exécution du présent arrêt »⁶¹.

En niant la nature d'arrêt pilote de l'arrêt *Scoppola*, la Cour constitutionnelle va davantage dans le sens de l'intégration du droit conventionnel en droit interne. Elle affirme en effet qu'il n'est pas nécessaire que la Cour EDH spécifie dans son arrêt les mesures générales à adopter pour que les problèmes structurels d'un système juridique soient détectés. Au-delà des arrêts-pilotes, d'autres arrêts, comme celui concernant M. Scoppola, peuvent identifier une violation structurelle de la Convention EDH par une loi nationale, tout en remettant à la marge d'appréciation de l'Etat le choix des mesures à adopter pour mettre fin à cette atteinte. Pour la *Consulta*, l'arrêt *Scoppola* a une « portée plus générale »⁶² : il détecte une violation qui dépasse le cas d'espèce et pour cela impose à l'Etat italien d'adopter les mesures adéquates pour faire cesser cette atteinte⁶³. Ainsi, non seulement les arrêts-pilotes ont une portée générale, mais également tous les arrêts européens qui détectent un problème structurel de l'ordre juridique considéré.

La Cour constitutionnelle ne manque pas de souligner que le Parlement est le pouvoir étatique chargé en premier de conformer le droit interne au droit conventionnel⁶⁴. L'abrogation législative des normes non-conventionnelles assure la sécurité juridique du système et, en matière pénale, garantit l'égalité du traitement de situations judiciaires identiques au travers du principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce⁶⁵. Toutefois, face à l'inertie du législateur, que faut-il faire ?

La Cour constitutionnelle considère que la Cour de cassation est allée dans le bon sens pour pallier l'inactivité du Parlement porteuse d'atteinte aux droits des condamnés. La saisine du juge des lois est fondée, puisqu'elle respecte le principe de séparation des pouvoirs et la place du droit conventionnel dans l'ordre juridique italien. La Cour suprême n'empiète ni sur les pouvoirs du Parlement ni sur la compétence de la Cour constitutionnelle, alors qu'elle l'aurait fait si elle avait donné application directe à la jurisprudence supranationale écartant le décret-loi n°341 de 2000.

Pour la *Consulta*, une fois déclarée l'inconstitutionnalité de l'art. 7, 1^{er} al. du décret-loi, les juges de l'application des peines pourront interpréter l'art. 442 du code de procédure pénale dans le sens le plus favorable au condamné, conformément à la jurisprudence européenne *Scoppola c. Italie*⁶⁶. Ainsi, bien que la Cour constitutionnelle se garde bien de l'explicitement, après l'annulation de la disposition en question, l'arrêt *Scoppola c. Italie* produit des effets *erga omnes*, s'imposant aux juges nationaux.

⁶¹ Cour EDH, *Scoppola c. Italie, cit.*, pt. 149.

⁶² Cour const., arrêt n°210/2013, §7.2.

⁶³ Ex art. 46, §1, Conv. EDH.

⁶⁴ Cour const., arrêt n°210/2013, §7.3.

⁶⁵ Cour const., arrêts n°393 et 394 de 2006.

⁶⁶ Cour const., arrêt n°210/2013, §8.

Il s'agit là d'une première absolue : la Cour constitutionnelle, de façon implicite, accorde une fonction « para-constitutionnelle » à la Cour EDH, reconnue capable, en matière pénale, d'émettre des décisions *in mitior* qui, au-delà du cas d'espèce, peuvent renverser l'autorité absolue de la chose jugée dans des situations judiciaires analogues, à l'instar de l'adoption de lois pénales plus douces ou de l'abrogation de lois pénales plus sévères ou encore de la déclaration d'inconstitutionnalité de normes pénales plus sévères⁶⁷.

Cependant, le cadre dans lequel les arrêts de la Cour EDH pourront produire des effets directs dans l'ordre interne est soigneusement délimité par la Cour constitutionnelle italienne, qui ne saurait renoncer si facilement à sa fonction de juridiction de dernière instance en matière de protection des droits et des libertés. La *Consulta* pose deux conditions cumulatives et indérogeables. Tout d'abord, il faut que l'arrêt européen détecte un problème structurel de l'ordre juridique italien. Bien que le juge de la loi ne donne pas de définition explicite de « problème structurel », nous pouvons considérer qu'il s'agit d'une norme interne non conforme à la Convention, qui porte atteinte aux droits d'une multitude d'individus, se trouvant tous dans une situation analogue. Deuxièmement, la *Consulta* précise que, pour produire des effets *erga omnes*, l'arrêt européen doit condamner l'Etat italien pour avoir infligé une peine « objectivement illégitime » à un individu. En d'autres termes, l'illégitimité de la peine doit dépendre de la non conformité du précepte normatif au droit conventionnel et non pas de la violation du droit conventionnel par la procédure suivie pour l'application de telle norme. En effet, dans le premier cas, l'exécution de la peine va bien au-delà du cas d'espèce, concernant tous les individus auxquels a été appliqué une norme considérée *ex post* attentatoire des droits et des libertés, s'apparentant en cela à une déclaration d'inconstitutionnalité⁶⁸. En revanche, dans le cas d'un arrêt européen qui considère une peine illégitime puisqu'elle a été décidée à l'issue d'une procédure non conforme aux dispositions relatives au procès équitable (art. 6 Conv. EDH), les effets *erga omnes* ne peuvent pas se produire. L'appréciation des *errores in procedendo* doit obligatoirement être faite au cas par cas. Ainsi, l'autorité de la chose jugée reste intangible en l'absence d'une décision supranationale concernant spécifiquement le cas d'espèce⁶⁹. De cette deuxième condition en découle une troisième. L'application de la décision de la Cour EDH à tous les cas analogues est envisageable si cela ne conduit pas à la réouverture des procès, mais à la simple adoption d'une décision par les juges de l'application des peines compétents⁷⁰. En effet, si la condamnation concerne l'illégitimité de la norme par rapport à son contenu, comme dans le cas des déclarations d'inconstitutionnalité, la peine cesse d'être appliquée par effet d'une ordonnance du juge de l'application des peines. En revanche, si la violation est procédurale,

⁶⁷ La Cour constitutionnelle constate d'ailleurs la conformité du droit interne au principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce affirmé par l'article 7 de la Conv. EDH (Cour EDH, *Scoppola c./Italie, cit.*). Les art. 673 du Code de procédure pénale, l'art. 2 du Code pénal et l'art. 30, 4^e al., de la loi n°87 de 1953 font primer la liberté personnelle sur l'autorité absolue de la chose jugée prévoyant qu'en cas d'*abolitio criminis*, provoquée par une abrogation législative ou une déclaration d'inconstitutionnalité, la condamnation est révoquée et la peine cesse d'être exécutée. Cour const., arrêt n°210/2013, §7.3

⁶⁸ La Cour constitutionnelle rapproche ainsi la décision d'inconstitutionnalité d'une loi et les effets *erga omnes* qu'elle produit à l'arrêt de la Cour EDH. Cour const., arrêt n°210/2013, §1.

⁶⁹ Id., §1 et §8. En ce sens, également le juge *a quo*, Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, *cit.*

⁷⁰ Cour const., arrêt n°210/2013, §8.

cela peut conduire à la réouverture du procès, mais seulement de la personne qui a présenté un recours devant la Cour EDH et qui a obtenu gain cause⁷¹.

En conclusion, pour qu'un arrêt de la Cour EDH puisse produire des effets *erga omnes* dans l'ordre juridique italien, il faut qu'il concerne un problème structurel du système juridique, qu'il sanctionne le contenu d'une norme interne et non pas la procédure suivie pour son application, et qu'il puisse se résoudre au travers d'une décision du juge de l'application des peines.

B. Les premières retombées de la jurisprudence constitutionnelle

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 juillet 2013 semble loin d'avoir mis un point final à la question des effets des décisions de la Cour de Strasbourg en droit interne. L'inertie systématique du législateur italien face aux décisions de la Cour EDH oblige les juges ordinaires et le juge de la loi à des véritables contorsions juridiques afin d'élaborer des solutions capables de protéger les droits et les libertés, tout en respectant la séparation des pouvoirs, la sécurité juridique ainsi que la hiérarchie des normes.

Juste deux mois après l'arrêt n°210 de la Cour constitutionnelle, le Tribunal de Rome est revenu sur la question de l'application directe de la Convention EDH et de la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise, mettant en avant d'autres arguments en faveur d'une intégration accrue du droit conventionnel en droit interne⁷².

Le juge romain devait statuer sur la requête d'un couple marié, Mme Costa et M. Pavan, qui s'était vu refuser l'accès à la procréation médicalement assistée avec diagnostic génétique préimplantatoire par un hôpital public romain, en raison de l'aptitude du couple à procréer naturellement. La loi italienne sur la PMA exclut en effet les couples non-stériles du traitement, bien qu'affectés, comme c'était le cas des conjoints Costa et Pavan, de maladies génétiques transmissibles⁷³. Toutefois, ce même couple, en août 2012, avait obtenu gain cause devant la Cour EDH, qui avait considéré la prévision de la loi n°40 de 2004 comme « une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale »⁷⁴, et donc contraire à l'article 8 de la Convention EDH. Dans l'arrêt, les juges européens avaient tout simplement indiqué des mesures réparatrices individuelles, sous forme de sanctions financières⁷⁵, sans faire référence à des mesures générales que l'Etat italien aurait dû adopter pour conformer son droit à la Convention. Ainsi, l'arrêt *Costa et Pavan* ne rentre pas dans le cadre des arrêts-pilotes. Toutefois, comme dans l'arrêt *Scoppola*, les juges strasbourgeois

⁷¹ La *Consulta* a déjà considéré que les décisions de la Cour EDH peuvent conduire à la révision du procès pénal de la personne considérée comme victime de la violation de la Convention (Cour const., arrêt n°113/2011). En Italie, cet effet a donc été consacré par la jurisprudence constitutionnelle, alors qu'en France c'est la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence qui a mis en œuvre la procédure de réexamen devant une Commission de réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour EDH (art. 626-1 ss. Code proc. pén.).

⁷² Trib. Rome, sect. I civ., 23 septembre 2013, *Consulta on line*, www.giurcost.org

⁷³ Art. 4, loi n°40 du 19 février 2004. Par rapport à ce même article, le 9 janvier 2010, le Tribunal de Salerne avait reconnu le droit d'avoir recours à la PMA à un couple fertile mais porteur d'une grave maladie génétique. Allant clairement au-delà des dispositions législatives, le juge s'était livré à une interprétation conforme aux droits constitutionnels de procréer et de santé. D. MARTIRE, « La legge 40 di nuovo davanti alla Consulta », *Osservatorio costituzionale*, avril 2014, www.rivistaaic.it

⁷⁴ CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, req. n° 54270/10, pt. 58.

⁷⁵ 15 000 euros pour dommage moral.

défectent bien une anomalie grave du droit italien, un « problème structurel », qui dépasse le cas d'espèce pour porter atteinte aux droits d'un nombre important d'individus.

En l'absence de l'abrogation de l'article 4 de la loi n°40 de 2004, ou de la déclaration de son inconstitutionnalité⁷⁶, le Tribunal de Rome devait établir si les effets immédiats et directs de l'arrêt de la Cour EDH concernant les conjoints Costa et Pavan demeuraient circonscrits à la réparation pécuniaire établie à la charge de l'Etat, ou bien si, en force de la violation de l'article 8 de la Convention, pouvaient conduire à considérer le refus de l'hôpital romain comme illégal.

Le juge de première instance n'hésite pas à étendre les effets de l'arrêt européen, considérant possible la non-application de la norme interne non conforme à la Convention, étant donné que la décision de la Cour EDH « a une valeur qui s'apparente à celle de l'autorité de la chose jugée pour le procès en cours »⁷⁷. Le juge romain considère qu'en l'absence d'une intervention législative qui adapte le droit interne au droit conventionnel il est lui-même investi du rôle d'exécuteur de l'arrêt supranational pour le cas d'espèce. De sa décision dépend, en effet, le respect de l'obligation faite à l'Etat italien de donner exécution aux décisions de la Cour EDH *ex* article 46 de la Convention. Pour le magistrat, la force contraignante des décisions européennes que cet article établit concerne non seulement l'Etat-législateur, mais tous les organes étatiques, y compris les juges. Par conséquent, par un raisonnement fortement novateur, le Tribunal de Rome affirme que, s'il est possible de déduire de l'arrêt de la Cour EDH une règle « suffisamment précise et inconditionnée », capable de prendre immédiatement la place de la norme interne incompatible avec la Convention, le juge a le droit d'écarter directement la norme interne, sans saisir la Cour constitutionnelle. En revanche, le juge ordinaire doit obligatoirement saisir la Cour constitutionnelle, même si l'arrêt européen propose une règle auto-applicative, si sont en jeu les principes suprêmes de l'ordre constitutionnel.

La solution élaborée par le juge romain rappelle, et certainement s'inspire, des régimes de deux autres systèmes de protection des droits fondamentaux : le contrôle de conventionnalité des actes de l'Union européenne et le contrôle de constitutionnalité ordinaire.

En cas d'antinomie entre une loi nationale et un acte de l'Union européenne existe en effet en droit interne un double régime. S'il s'agit d'actes directement applicables, le juge ordinaire italien peut écarter directement la norme interne⁷⁸. En revanche, si une loi italienne n'est pas conforme à un acte non *self-executing*, le juge ordinaire doit saisir la Cour constitutionnelle, pour que celle-ci déclare l'inconstitutionnalité de la norme nationale par

⁷⁶ La loi n°40/2004 depuis son entrée en vigueur a déjà donné lieu à plusieurs questions de constitutionnalité, ainsi qu'un référendum abrogatif qui n'a toutefois pas atteint le *quorum* requis (référendum des 12 et 13 juin 2005). Prévoyant une réglementation de la PMA des plus restrictives en Europe, la loi a fait l'objet de deux décisions de la Cour constitutionnelle. Par l'arrêt n°151 du 1^{er} avril 2009 la Cour a considéré partiellement contraire à la Constitution les alinéas 2 et 3 de l'article 14 (www.cortecostituzionale.it; M. D'Amico et I. Pellizzone (dir. par), *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2010) et par l'arrêt n°119 du 9 avril 2014 elle a établi que l'interdiction de fécondation hétérologue pour les couples stériles est inconstitutionnelle, annulant ainsi les articles 4, 3^e al., 9, 1^{er} et 3^e al., et 12, 1^{er} al., in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ Trib. Rome, sect. I civ., 23 septembre 2013, cit.

⁷⁸ Cour const., arrêts n°113/1985, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, p. 694 ss.; n° 389/1989, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 1757 ss.; n° 168/1991, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 1409 ss.

rapport à l'article 11 de la Constitution⁷⁹. Toutefois, à la différence du contrôle concernant le droit de la CEDH, le double régime relatif au contrôle des actes de l'Union s'explique en force non pas de la nature du paramètre constitutionnel en cause - notamment son appartenance au « noyau dur » de la Constitution - , mais en vertu de la nature de l'acte de l'Union - notamment s'il est *self-executing* ou pas -⁸⁰.

Le rapprochement entre le traitement du droit de l'Union et du droit conventionnel en droit interne n'est toutefois pas fondé en droit positif. En effet, la norme conventionnelle est pour l'heure une source du droit sub-constitutionnelle et par conséquent elle est subordonnée à toute disposition constitutionnelle, sans distinction. La solution du juge romain, énième tentative de contourner la jurisprudence sur le contrôle de conventionnalité établie par la Cour constitutionnelle en 2007, semble ainsi fortement contestable. En l'état du droit actuel, le juge ordinaire doit donner une interprétation de la loi interne conforme au droit conventionnel⁸¹. Si cela n'est pas possible, il doit saisir le juge constitutionnel pour qu'il statue sur la violation du droit conventionnel et, par conséquent, sur la violation de l'obligation constitutionnelle faite à l'Etat italien de respecter ses engagements internationaux (art. 117, 1^{er} al.)⁸².

En revanche, le rapprochement entre les effets des arrêts « addictifs de principe » de la Cour constitutionnelle italienne et ceux des décisions de la Cour EDH semblerait mieux fonder le choix du juge romain d'écarter la norme interne afin de donner exécution directe à la jurisprudence européenne. Les arrêts addictifs de principes obligent en effet le législateur italien à agir pour conformer la loi à la Constitution, selon les orientations élaborées par la *Consulta*. Dans l'attente de l'intervention législative, la décision de la Cour contraint les juges ordinaires à se conformer aux principes énoncés et à résoudre le cas d'espèce à partir de règles respectueuses des orientations établies par la *Consulta*⁸³. Le Tribunal de Rome attribue le même effet à l'arrêt de la Cour EDH, tout en le limitant aux parties, alors que dans le cas des décisions sur la constitutionnalité les effets se produisent *erga omnes*, pour toutes les affaires analogues.

Cette assimilation entre les arrêts addictifs de principe et certains arrêts de la Cour de Strasbourg ne manque pas de rappeler la décision de la Cour constitutionnelle de juillet 2013, concernant le cas *Scoppola*. Et en effet, le juge de Rome dans sa décision, s'interroge expressément sur l'éventuelle application de la décision européenne *Costa et Pavan* à tous les cas analogues. Il conclut en affirmant que, pour l'instant, cela reste « incertain ». Si l'attribution des effets *erga omnes* à la décision européenne *Costa et Pavan* sort complètement du domaine de compétence du Tribunal de Rome, qui est tenu à statuer exclusivement sur la requête des deux conjoints qui ont fait l'objet de la décision des juges strasbourgeois, toutefois, la question, soulevée dans la motivation de l'arrêt, témoigne de la

⁷⁹ Cour const., arrêts n° 317 et 330/1996, 28/2010 ; ord. n° 267/1999, 95/2004, 536/1995, 108 et 109/1998, 165/2004 284/2007.

⁸⁰ Tous les actes de l'Union, indépendamment de leur nature, doivent d'ailleurs respecter les principes suprêmes de l'ordre juridique italien, les ainsi dits « *controlimiti* ». Cour Const., arrêts n° 198/1965 ; 183/1973 ; 170/1984. N. ZANON, « Premesse ad uno studio sui 'principi supremi' di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale », *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1891 ss.

⁸¹ En ce sens aussi, A. RUGGERI, « Spunti di riflessione in materia di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo », 8 octobre 2013, www.diritticomparati.it

⁸² Arrêts dits « jumels », n°348 et n°349 de 2007, *cit.*

⁸³ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, p. 136.

prompte réactivité des juges italiens suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle de juillet 2013. Au travers d'un constat « hors thème », le juge romain lance implicitement le signal aux juges investis par des recours analogues qu'ils pourraient éventuellement se prévaloir de la toute récente jurisprudence constitutionnelle pour garantir la pleine intégration du droit conventionnel en droit interne et écarter une norme qui, depuis son entrée en vigueur, a été systématiquement contestée par les citoyens et les juges.

En janvier 2014, toutefois, un autre juge romain investi d'un recours analogue à celui des conjoints Costa et Pavan, a décidé de recourir à la procédure « ordinaire » et a saisi la Cour constitutionnelle d'une question de constitutionnalité relative à l'article 4 de la loi sur la PMA⁸⁴. Dans la question préjudicielle, le juge ne fait pas référence à la décision du juge constitutionnel de juillet 2013 et se conforme au contrôle de conventionnalité établi par le juge de la loi.

La différente attitude des deux juges ordinaires de première instance concernant l'application de la même disposition censurée par la Cour EDH montre bien la crise du système italien de contrôle de conventionnalité, qui semble désormais incapable d'uniformiser les pratiques et donc de garantir la sécurité du droit. Certains juges attaquent ouvertement le monopole de la Cour constitutionnelle, d'autres s'y conforment. Cette difformité est source d'inégalités importantes en matière de garantie des droits et exigerait l'établissement de règles claires, capables d'accueillir le mouvement irrésistible vers l'eupéanisation des juges nationaux, d'une part, et la constitutionnalisation des juges européens, d'autre part.

CONCLUSION

S'il y a quelques années l'Italie faisait partie des pays du Conseil de l'Europe les moins enclins à accorder une intégration pleine du droit conventionnel en droit interne, désormais, tout en gardant formellement une structure dualiste, les relations entre l'ordre juridique italien et le système conventionnel se font de plus en plus denses. Au point que l'Italie garantit maintenant une force applicative à la jurisprudence européenne que d'autres pays, comme la France, dotés en principe d'un système de plus grande intégration du droit conventionnel en droit interne, n'accordent pas.

En effet, la question de la production d'effets en droit interne des décisions de la Cour EDH a, jusque là, été abordée essentiellement sous le profil de la possibilité que l'arrêt européen altère l'autorité de la chose jugée et puisse conduire à une révision du procès concernant la personne qui a été déclarée victime par la Cour strasbourgeoise⁸⁵. L'arrêt du 18

⁸⁴ D. MARTIRE, « La legge 40 di nuovo davanti alla Consulta », *cit.*

⁸⁵ En France, la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 a mis en œuvre une procédure permettant de réviser une décision pénale suite au prononcé d'un arrêt de la Cour EDH (art. 626-1 ss. Code proc. pén.). En droit administratif, en revanche, l'autorité de la chose jugée ne saurait être remise en cause par une décision de la Cour EDH. C'est ce qui a considéré le Conseil d'Etat affirmant qu'en l'absence d'une procédure organisée pour prévoir le réexamen d'une affaire définitivement jugée, l'exécution d'un arrêt de la Cour EDH ne peut avoir pour effet de priver les décisions juridictionnelles de leur caractère exécutoire (CE, 4 octobre 2012, *M. Gilbert B.*, n° 328502, cons. 7). Dans le même sens : CE, 11 fév. 2004, *Chevrol*, n°257682, *Lebon*. V. : F. SUDRE, « À propos de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2013, p. 10 ; J. ADRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 1998, p. 978.

juillet 2013 pousse bien plus loin l'étendue et la force contraignante des décisions de la Cour EDH établissant que, dans certains cas, l'effet des arrêts strasbourgeois peut valoir *erga omnes* à l'intérieur du pays condamné, c'est-à-dire que la jurisprudence européenne peut s'appliquer aux cas analogues, renversant l'autorité de la chose jugée.

Cette décision contribue de façon décisive à l'érosion du monopole que la Cour constitutionnelle détient en matière de contrôle de conventionnalité. Preuve en est que, quelques mois après, un juge de première instance romain, dans une affaire concernant deux personnes considérées comme victimes par la Cour EDH, décide de donner application directe à l'arrêt européen, au détriment de la norme interne encore en vigueur et de la procédure de contrôle établie par la Cour constitutionnelle en 2007. Si la décision ne concerne pas directement la production d'effets *erga omnes* des décisions du juge strasbourgeois, elle est emblématique d'un changement. La décision européenne a désormais une portée normative, à l'instar d'une décision de la Cour constitutionnelle. Si elle peut provoquer des effets *erga omnes* dans certaines conditions, elle peut d'autant plus recevoir directe application par le juge ordinaire produisant pleinement ses effets *inter partes*. En ce sens, le juge romain, en donnant exécution *inter partes* à la décision européenne, n'hésite pas à s'interroger, à la lumière de la récente décision de la Cour constitutionnelle, sur les éventuels effets *erga omnes* que l'arrêt pourrait produire dans les cas analogues.

L'arrêt de la *Consulta* de juillet 2013 atteste ainsi de l'évolution et de la progression de plusieurs phénomènes qui, depuis quelques années, caractérisent l'ordre juridique italien et ses relations avec le système de la CEDH.

Tout d'abord, l'ouverture révolutionnaire de la *Consulta* témoigne de l'influence réciproque des deux ordres juridictionnels, et notamment de la constitutionnalisation progressive de la Cour européenne de Strasbourg⁸⁶, d'une part, et de l'eupéanisation de plus en plus marquée des juges nationaux, d'autre part⁸⁷. Les juges italiens tendent en effet à attribuer aux décisions de la Cour EDH la même valeur et les mêmes effets que ceux de la jurisprudence constitutionnelle. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, dans la question préjudicielle relative à l'application de l'arrêt *Scoppola* de la Cour EDH, n'hésite pas à assimiler manifestement les décisions du juge européen aux décisions « *manipolative* »⁸⁸ du juge constitutionnel italien, attribuant aux premières la valeur et les effets « normatifs » qui

⁸⁶ La Convention EDH a été expressément reconnue comme « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (*Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*), 23 mars 1995, § 75, série A n° 310 et Avis de la CEDH sur la réforme du système de contrôle de la CEDH, 4 septembre 1992, § I(5)), et la Cour EDH a été définie comme « Cour constitutionnelle de l'Europe » par ses présidents (notamment, par l'ancien président Ryssdal, « Vers une Cour constitutionnelle européenne », in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, 1993, p. 20, et par l'ancien président Wildhaber, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RUDH*, 2002, p. 1) ainsi, que, plus récemment, par le juge Pinto de Albuquerque dans une opinion concordante relative à l'arrêt *Fabris c./France* (cit.).

⁸⁷ Pour une analyse d'ensemble : O. POLLICINO et V. SCIARABBA, « Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi », in E. Faletti et V. Piccone (dir. par), *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee : spunti ricostruttivi*, Roma, 2010, pp. 125 ss.

⁸⁸ Au travers des arrêts « *manipolative* », la Cour constitutionnelle modifie et intègre les normes soumises à son contrôle. Parmi les arrêts « *manipolative* », la doctrine italienne distingue entre les arrêts « *additive* » - additifs - et « *sostitutive* » - substitutifs - . E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 135-136.

sont désormais reconnus aux deuxièmes⁸⁹. De même, le Tribunal de Rome, en septembre 2013, semble attribuer à l'arrêt de la Cour EDH les effets des arrêts additifs de principe, une typologie parmi les décisions *manipulative* de la Cour constitutionnelle, concernant toutefois exclusivement leurs effets *inter partes*⁹⁰. En outre, l'attribution des effets *erga omnes* à certaines décisions de la Cour strasbourgeoise permet aux juges ordinaires de jouer un rôle accru dans les rapports entre les systèmes, instaurant un dialogue direct avec la Cour européenne. Le juge romain, en septembre 2013, tire toutes les conséquences de cette nouvelle jurisprudence revendiquant, comme bien d'autres juges avant lui, le rôle de juge européen de droit commun également en matière d'application de la Convention EDH.

Un autre phénomène dont nous pouvons constater la progression est la place de plus en plus importante que la jurisprudence, en tant que source du droit, acquiert dans des pays de tradition de *civil law* comme l'Italie. La valeur normative de la jurisprudence européenne transforme et restructure la hiérarchie des normes internes et poussent les juges à abandonner, en partie, l'approche kelsenien formel, pour préférer une approche axiologique-substantielle. La Cour constitutionnelle italienne, si souvent rappelle à l'ordre les juges ordinaires réaffirmant les principes formels inspirant l'ordre juridique national⁹¹, parfois, cependant, semble adhérer à une conception différente, faisant primer la protection des droits sur les exigences formelles. C'est le cas de l'arrêt de juillet 2013, mais également de la décision dans laquelle la Cour a considéré que l'autorité de la chose jugée interne peut être renversée au profit de l'autorité de la chose jugée conventionnelle, si cette dernière est plus protectrice des droits par rapport à la première⁹². L'introduction du critère de la norme la plus protectrice par la jurisprudence constitutionnelle semble aller dans le même sens⁹³.

Le cadre italien des rapports entre l'ordre juridique interne et le système de la Convention EDH est donc mouvant et très riche. Toutefois, très forte est l'exigence d'une réforme structurelle capable d'intégrer ces évolutions, afin de garantir l'uniformité et la sécurité juridique. A l'heure actuelle, en effet, les juges, bien que cela soit formellement interdit, peuvent décider d'écarter directement une norme interne au profit du droit conventionnel, comme c'est le cas de la décision de septembre 2013, ou bien peuvent choisir de saisir la Cour constitutionnelle, en se conformant à la procédure de contrôle de conventionnalité établie. Le recours à l'une ou à l'autre procédure n'a pas les mêmes conséquences sur la protection substantielle des individus, créant des inégalités au sein du système.

A notre avis, les jours du monopole de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de conventionnalité sont comptés. Des nouveaux facteurs viendront bientôt bouleverser le cadre établi. Tout d'abord, l'adhésion annoncée de l'Union européenne à la Convention EDH⁹⁴, une

⁸⁹ G. SILVESTRI, « Le sentenze normative della Corte costituzionale », in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 755 ss.

⁹⁰ A. RUGGERI, « Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo », *cit.*

⁹¹ Nous nous permettons de renvoyer à N. PERLO, « La Cour constitutionnelle italienne et le défi de la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique » ? », *cit.*

⁹² Cour const., arrêt n°3113/2011. V. sur ce point : V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, Cedam, 2013.

⁹³ Cour const., arrêts n°317/2009 ; 236/2011 ; 264/2012 ; 170/2013 ; 202/2013.

⁹⁴ B. BRUNESSEN, « Cohérence normative et désordres contentieux. À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, n°1/2012, pp. 181 ss. ; M. E. GENNUSA, « La Cedu e l'Unione Europea », in M. Cartabia (dir. par), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 91 e ss. ;

fois réalisée, conduira certainement à l'application directe des dispositions conventionnelles à l'instar des traités, des règlements et des directives de l'Union européenne⁹⁵. De plus, l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n°16 à la Convention EDH, qui prévoit que les plus hautes juridictions des Hautes Parties contractantes puissent obtenir de la Cour EDH des avis sur les questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés, conduira davantage au développement d'un dialogue direct et continu entre les juges de Strasbourg et les juges nationaux⁹⁶. Etant donnée l'influence que les procédures d'intégration du droit conventionnel en droit interne ont sur le droit substantiel, et tout particulièrement en matière de garantie des droits, l'affaire est à suivre avec la plus grande attention.

⁹⁵ Art. 11, Const. V. arrêt fondateur : Cour const., arrêt n°170/1984, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, p. 1098 e ss. V. ZAGREBELSKY, « La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo », in www.forumcostituzionale.it

⁹⁶ Ce protocole additionnel à la Convention doit être ratifié par dix Hautes Parties contractantes à la Convention pour entrer en vigueur. Le Conseil de l'Europe a ouvert le protocole n°16 à la signature le 2 octobre 2013. L'Italie, la France et cinq autres pays ont déjà ratifié le Protocole.