



HAL
open science

Les règles sur le nom de famille encore devant la Cour constitutionnelle : son de glas pour l'attribution par défaut du patronyme (arrêt n° 131 de 2022)

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

► To cite this version:

Anna Maria Lecis Cocco Ortu. Les règles sur le nom de famille encore devant la Cour constitutionnelle : son de glas pour l'attribution par défaut du patronyme (arrêt n° 131 de 2022). *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2023, Constitution, histoire et mémoire, 38, pp.861-864. 10.3406/aijc.2023.3106 . hal-04583456

HAL Id: hal-04583456

<https://hal.science/hal-04583456v1>

Submitted on 3 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

ainsi, adopté, en mars 2022, un projet de loi en matière de fin de vie, reprenant les orientations jurisprudentielles du juge constitutionnel⁷¹. Celui-ci est désormais en cours d'examen devant le Sénat sans que l'on puisse anticiper sur une issue de vote favorable. Si tel n'était pas le cas, il reviendra, encore une fois, à la Cour constitutionnelle d'endosser une responsabilité sans cesse esquivée par le législateur italien.

F.J.

2.– Les règles sur le nom de famille encore devant la Cour constitutionnelle : son de glas pour l'attribution par défaut du patronyme (arrêt n° 131 de 2022)

L'arrêt n° 131⁷² représente le dernier épisode en date de la longue saga jurisprudentielle en matière d'attribution du nom maternel. Par cette décision, la Cour a déclaré inconstitutionnelle l'attribution par défaut du patronyme et a formulé une nouvelle règle destinée à s'appliquer de manière provisoire, dans l'attente de l'intervention du législateur. En vertu de cette règle, une démarche volontaire et commune des parents est nécessaire pour pouvoir attribuer à l'enfant le nom d'un seul des parents, tandis que, en l'absence d'une telle demande, l'enfant se verra attribuer les noms des deux parents dans l'ordre de leur choix ou, à défaut d'accord, dans l'ordre établi par un juge.

Cette décision revêt un intérêt particulier non seulement en ce qu'elle constitue le point d'arrivée d'une longue série de jurisprudences visant à démanteler l'héritage patriarcal en matière d'attribution du patronyme (I), mais aussi parce qu'elle permet d'observer une évolution dans l'approche de la Cour face à l'inertie du législateur (II).

L'abolition d'une règle, fille d'un héritage patriarcal

La question de constitutionnalité trouve son origine dans la demande d'un couple visant à donner le seul nom maternel à leur enfant, pourtant reconnu par les deux parents à la naissance. Or, en vertu de l'art. 262 du Code civil, « [si] la reconnaissance est effectuée simultanément par les deux parents, l'enfant prend le nom de famille du père ». Par une décision de 2016, la Cour avait déjà déclaré partiellement inconstitutionnelle cette disposition « dans la partie où elle ne permet pas aux époux, d'un commun accord, de transmettre le nom de famille maternel à leurs enfants au moment de la naissance » (arrêt n° 286/2016). Cette décision avait dès lors permis, par une réserve d'interprétation additive, l'ajout du nom maternel à celui du père, mais non l'attribution du seul nom maternel. Saisi par le procureur de la République afin qu'il rectifie l'acte de naissance conformément à cette règle, le juge *a quo* a soulevé une question de constitutionnalité au motif que cette disposition méconnaîtrait les

⁷¹ Sur le champ plus général de la bioéthique en Italie, voir F. JACQUELOT, « Le droit constitutionnel italien et la bioéthique », in *Droit constitutionnel et bioéthique*, X. BIOY (sous la dir. de), *AIJC*, 2021.

⁷² Cour const., *sent.* n° 131, 27 avril 2022, *Giur. Cost.*, p. 1403-1422.

articles 2 et 3 de la Constitution, garantissant respectivement le droit à l'identité personnelle et le principe d'égalité entre homme et femme, ainsi que les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Au lieu de répondre à la question formulée par le juge *a quo* qui l'avait invitée à se prononcer sur l'inconstitutionnalité présumée de l'interdiction d'attribution du seul nom maternel, la Cour avait, dans un premier temps, décidé de soulever une question de constitutionnalité qu'elle estimait préjudicielle par rapport à celle-ci. Dans l'ordonnance d'auto-saisine prononcée le 11 février 2021, la *Consulta* observait que « même si on reconnaissait aux parents le droit de choisir, d'un commun accord, de transmettre le seul nom maternel », la règle destinée à s'appliquer par défaut dans tous les autres cas (« vraisemblablement majoritaires », soulignait la Cour) resterait celle de la « prédominance du nom paternel, dont l'incompatibilité avec le principe d'égalité a été reconnue par cette Cour depuis longtemps » (arrêt n° 18 de 2021). Ainsi, les juges constitutionnels avaient estimé devoir se prononcer sur la question plus générale de la constitutionnalité de l'attribution par défaut du nom paternel dans le cas où il n'y aurait pas d'accord entre les parents. Quatorze mois plus tard, par la décision commentée, la Cour répond à cette question et déclare inconstitutionnelle la règle de l'attribution par défaut du patronyme et, par une réserve d'interprétation additive, formule une nouvelle règle pour la remplacer : une démarche volontaire et commune des parents devient nécessaire pour pouvoir attribuer à l'enfant le nom d'un seul des parents, tandis que, en l'absence d'une telle démarche consensuelle, l'enfant se verra attribuer les noms des deux parents dans l'ordre de leur choix ou, en l'absence d'accord, dans l'ordre établi par voie judiciaire.

Au-delà de la teneur de cette décision, son intérêt réside dans le changement d'approche de la Cour en la matière, révélateur d'une évolution de son office et de ses relations avec le législateur.

Une nouvelle approche face à l'inertie du législateur

Les dispositions en matière d'attribution du nom paternel avaient été déferées à la Cour à plusieurs reprises à partir de 1988. Bien que, depuis les premières décisions, la Cour ait identifié en ces normes un héritage patriarcal difficilement compatible avec les exigences constitutionnelles d'égalité et de garantie du droit à l'identité, elle s'était bornée à prononcer des décisions de « mise en garde » (décisions dites *monitorie* en italien). Par ce type de décision, la Cour ne prononce pas une déclaration d'inconstitutionnalité dans le dispositif de sa décision (ce qui impliquerait l'annulation de la disposition), mais se limite à constater uniquement dans la motivation qu'une violation des garanties constitutionnelles existe et que le législateur doit y mettre fin. Dans sa décision de 2016 susmentionnée, le juge constitutionnel italien avait fait preuve d'une plus grande audace lorsque, par une réserve d'interprétation additive, il avait reconnu aux parents la faculté d'ajouter le nom maternel au patronyme, tout en invitant le législateur à intervenir en la matière.

Face à l'inertie du législateur, la Cour fait preuve d'une plus grande créativité procédurale en 2021, lorsqu'elle prend comme prétexte la question de

constitutionnalité portant sur l'interdiction d'attribution du seul nom maternel pour se saisir de la question plus générale portant sur l'attribution du nom paternel par défaut dans tous les cas où l'accord des parents sur l'attribution du nom n'est pas exprimé.

L'auto-saisine n'est pas une nouveauté absolue, quand bien même la Cour ne s'en est servie qu'en de très rares occasions. À l'image de tout autre juridiction, le juge constitutionnel peut soulever une question de constitutionnalité en qualité de juge *a quo* lorsqu'il estime que celle-ci est préjudicielle par rapport à la question qui lui est posée. Néanmoins, dans cette hypothèse précise, le choix de recourir à un tel mécanisme aussi exceptionnel que l'auto-saisine, n'est qu'un autre symptôme d'une tendance plus large qui porte la Cour à interpréter les conditions de la préjudicialité et de la *rilevanza* (l'applicabilité au litige) de manière souple, pour pouvoir élargir le périmètre de son contrôle et intervenir dans des « zones d'ombre » du contrôle de constitutionnalité ou dans des hypothèses de violations des droits et libertés produites par les omissions du législateur, difficilement sanctionnables par le mécanisme du contrôle par voie incidente. Pour motiver l'auto-saisine, la Cour observe en effet que « la manière aléatoire et occasionnelle dont les questions incidentes sont soulevées ne peut empêcher le juge [constitutionnel] d'examiner pleinement le système dans lequel s'insèrent les normes contestées » (arrêt n° 18 de 2021).

Par ailleurs, la décision d'auto-saisine de la Cour va au-delà d'un simple renvoi, puisque, entre les lignes, elle semble anticiper une déclaration d'inconstitutionnalité, de façon à imposer implicitement un délai au législateur afin qu'il intervienne pour éviter une telle censure. La motivation du renvoi explique ainsi que la règle de « la prédominance du nom paternel » a été reconnue depuis longtemps comme incompatible avec le principe d'égalité, et que « la nécessité de garantir la légalité constitutionnelle doit, en tout état de cause, l'emporter sur celle de laisser une marge d'appréciation au législateur ». Grâce à l'auto-saisine, la Cour parvient ainsi aux mêmes effets de la « déclaration d'inconstitutionnalité en deux temps » expérimentée avec l'affaire *Cappato*⁷³ qui est d'ailleurs citée dans la motivation. Et similaires sont aussi les issues des deux affaires, puisque face à l'inertie du législateur, la Cour, dans la décision n° 131 ici commentée, a prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité additive, ajoutant aux dispositions censurées une solution normative conçue comme temporaire, pour mettre fin à la violation dans l'attente d'une intervention du législateur.

Cette jurisprudence s'inscrit dès lors dans la nouvelle approche activiste de la Cour, approche qu'elle cherche néanmoins à maintenir dans le cadre d'un « esprit de collaboration institutionnelle loyale et dialectique »⁷⁴ avec le législateur.

Ainsi, loin de mettre le mot « fin » à la question, cette décision ne cesse de faire appel, tout comme les précédentes, à l'intervention du législateur, qui demeure nécessaire pour encadrer des hypothèses non définitivement réglées par cette décision

⁷³ Cour const. *sent.* n° 207 de 2018 et n° 242 de 2019.

⁷⁴ Tel que prôné par la Cour dans l'affaire *Cappato*, déc. n° 207/2018.

additive. En particulier, il revient au législateur de déterminer une règle par défaut pour désigner l'ordre d'attribution des noms des deux parents en cas d'absence d'accord. Ensuite, le législateur devra régler la question de la transmission des noms composés, afin d'« empêcher que l'attribution du nom des deux parents induise, dans la succession des générations, un mécanisme multiplicateur qui serait préjudiciable à la fonction identitaire du patronyme ». Enfin, pour préserver l'unité de la fratrie, la Cour suggère, sans les imposer, des pistes qui rappellent les solutions retenues – entre autres – par le Code civil français, et qui consistent à réserver « les choix relatifs à l'attribution du nom de famille au moment de la reconnaissance simultanée du premier enfant du couple (ou au moment de sa naissance dans le mariage ou de son adoption), pour ensuite les rendre obligatoires à l'égard des enfants ultérieurs reconnus simultanément par leurs parents ».

A.M. L.C.O.

Garanties en matière politique : l'effectivité du principe d'égalité des sexes dans l'accès aux charges électives, le cas des très petites communes

Par l'arrêt n° 62⁷⁵ du 25 janvier 2022, la Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée sur les obligations induites par l'article 51 de la Constitution tel que modifié par la loi constitutionnelle du 30 mai 2003 prévoyant que « *Tous les citoyens appartenant à l'un ou à l'autre sexe peuvent accéder aux emplois publics et aux charges électives dans des conditions d'égalité* ».

L'article 71 du décret législatif du 18 août 2000 n° 267 régleme l'élection du maire et des conseillers municipaux (avec l'article 30 du décret du Président de la République n° 570 du 16 mai 1960). Pour rappel, ces dispositions instaurent trois niveaux de protection du principe d'égalité des sexes dans les élections municipales. Tout d'abord, en ce qui concerne les communes dont la population est supérieure à 15 000 habitants, aucun des deux sexes ne peut être représenté au-delà des deux tiers du nombre de candidats. Cette règle est garantie par deux mécanismes, un mécanisme de réduction et une mesure d'exclusion. Dans un premier temps, des candidats appartenant au sexe le plus représenté sont exclus de la liste ; si à la fin de cette opération de réduction, la liste ne comprend pas le nombre minimal de candidatures requises, alors la liste sera récusée. Pour les communes dont la population est comprise entre 5.000 et 15 000 habitants, aucun des deux sexes ne peut être non plus représenté au-delà des deux tiers des candidats. Mais il existe seulement un mécanisme de réduction et non pas de récusation. En conséquence, la réduction ne peut entraîner une diminution du nombre de candidats en deçà du minimum légal. Ainsi des listes contraires au principe de parité peuvent être soumises au vote. Enfin, pour les communes dont la population est inférieure à 5 000 habitants, le texte se borne à

⁷⁵ Cour const., *sent.* n° 62, 25 janvier 2022, *Giur. Cost.*, p. 749-766, note de P. SCARLATTI, « Corte costituzionale e allentamento delle "rime obbligate" sulla promozione della parità di genere », p. 766-773.