

LA LETTRE D'ITALIE

Droit & vie politique italienne

Sous la direction de **Michaël BARDIN**, maître de conférences

Sous l'égide du CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMPARÉS JEAN-CLAUDE ESCARRAS (UMR-CNRS 7318 DICE)

ÉDITORIAL

Après une période de silence, bien trop longue, l'équipe de *La Lettre d'Italie* est heureuse de vous présenter ce double numéro qui marque un retour à un rythme régulier de publication.

Cette nouvelle livrée est l'occasion de relayer une actualité italienne, aussi bien juridique que politique, toujours aussi riche.

Les élections législatives et l'accès à la présidence du Conseil des ministres de Giorgia Meloni, leader du parti *Fratelli d'Italia* n'est pas étrangère à la volonté de Paolo Passaglia de prendre le temps de remettre en évidence l'importance du souvenir. Dans sa contribution, l'auteur revient sur deux dates majeures de l'histoire italienne récente qui entraînent et même imposent un « devoir de mémoire ». Il établit ainsi un lien entre, d'une part, le 28 octobre 1922, date de la « Marche sur Rome » des militants du parti fasciste et qui sera « la base de la prise du pouvoir de Benito Mussolini et d'autre part, le 27 décembre 1947 et la promulgation de la Constitution italienne encore aujourd'hui en vigueur. Tout en rappelant combien la Constitution italienne est une constitution antifasciste mais aussi combien elle est aujourd'hui fragilisée, mais s'il précise qu'« une Constitution antifasciste fragilisée n'implique pas un retour au fascisme, cela est une évidence (...) Cependant, l'affaiblissement de la légitimité de la Constitution est, en soi, un risque pour les principes et les valeurs qu'elle porte ».

Non sans lien avec l'autorité de la Constitution, plusieurs contributeurs mettent en évidence une actualité fournie concernant la Cour constitutionnelle.

Ainsi, Céline Maillafet observe une « révolution tranquille » de la *Consulta*. En effet, après plusieurs années assez délicates, les dernières désignations des juges constitutionnels se sont effectuées dans une quiétude aussi étonnante que rassurante. Dans un autre registre, l'auteur met en avant l'introduction de la plate-forme numérique *e-cost* pour la saisine de la Cour. Une

dématérialisation, au sens qui marque une véritable volonté de modernisation de la Cour que relève également Anna Maria Lecis Cocco Ortu. Plus précisément, ce sont les relations publiques qui sont au cœur de sa contribution. Opérant une véritable « mue », « la communication de la Cour constitutionnelle est passée « d'objet juridique non identifié » à « objet incontournable du débat juridique ». Cette volonté d'ouverture passe désormais par de « nouvelles stratégies de communication » qui se caractérisent « par la prolifération (...) d'initiatives d'information et de rencontre portant de manière plus large sur le rôle de l'institution et sur les contenus et l'importance de la Constitution, avec un objectif assumé de vulgarisation (...) ». Ce mouvement n'est pas sans générer d'interrogations ou même d'inquiétudes. Ainsi, même la communication classique des cours constitutionnelles qui ne pose pas, « en principe, de problème de légitimité », laisse la doctrine parfois dubitative, notamment concernant

les modalités d'adoption des communiqués de presse « notamment lorsqu'il s'agit de communiqués « anticipatoires » ou « préventifs », publiés avant la publication de la décision ». En revanche, certaines critiques n'hésitent pas à estimer que cette révolution communicative « serait surtout liée à une recherche de légitimation, notamment à un moment où la Cour semble pencher vers un activisme plus marqué ».

Sommaire :

- . Deux anniversaires et un devoir de mémoire
- . La communication de la Cour constitutionnelle : d'objet juridique non identifié à objet incontournable du débat juridique
- . La théorie des biens communs : l'interprétation italienne
- . La « révolution tranquille » de la Cour constitutionnelle
- . La réduction du nombre des parlementaires : beaucoup de bruit pour rien ?
- . L'évolution des règles d'attribution du nom de famille : la fin de la dévolution automatique du nom du père
- . La prudence de la Cour constitutionnelle à l'égard de la législation sur la pandémie et les obligations vaccinales
- . La Constitution et le retour de la guerre
- . L'apport des connaissances scientifiques dans les processus de décision publique
- . La réforme constitutionnelle du 11 février 2022
- . Référendum et euthanasie, une question insoluble



Que l'on décèle ou non une forme d'activisme, plusieurs auteurs mettent en avant une jurisprudence fournie, importante ou peut-être tout simplement ancrée dans les évolutions de la société italienne.

Partant, Tatiana Disperati revient sur la fin de la dévolution automatique du nom du père en matière d'attribution du nom de famille. En plein accord avec sa jurisprudence en la matière, la Cour constitutionnelle rappelle que le nom représente le « noyau de l'identité juridique et sociale de la personne ». Mais, à cet égard, elle « regrette que la reconnaissance de l'enfant se traduise par "l'invisibilité de la femme", une "situation asymétrique" dès lors que le nom du père s'impose à elle en l'absence d'accord contraire des parents ». De fait, comme le note l'auteur, « l'égalité des hommes et des femmes n'est selon la Cour constitutionnelle pas respectée ».

Une autre problématique, également actuelle outre-Alpes, est au cœur d'un arrêt de la *Consulta* (qualifié lui aussi d'historique) : la décision n° 50 de 2022 relative à une question référendaire portant sur l'abrogation partielle du délit d'homicide volontaire. Julien Giudicelli rappelle tout d'abord que « le droit à la vie, placé au sommet des droits fondamentaux de la personne appartient, selon la Cour, à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution républicaine ». De fait, « l'État a pour impérieux devoir de protéger la vie de chacun et non, tout au contraire, de permettre à chacun de lui demander d'accepter de l'aider à mourir, de son fait ou grâce à l'aide d'autrui ». Pour l'auteur, « l'hypothétique référendum aurait eu pour objet et résultat non l'euthanasie, ni même le suicide assisté pour les personnes atteintes de pathologies irréversibles, mais l'homicide de quiconque y consent, indépendamment des raisons pour lesquelles le consentement est donné, des formes dans lesquelles il est exprimé, de la qualité de l'auteur de l'acte, et de la manière dont la mort est provoquée ».

Enfin, c'est la prudence de la Cour en matière de pandémie qui est rappelée par Michele Massa qui affirme que « dans l'ensemble, ces décisions sont cohérentes à la fois avec les précédents sur les obligations de vaccination (notamment Cour constitutionnelle, arrêt n° 5 de 2018) et avec l'attitude générale adoptée à l'égard de la législation sur les pandémies ». L'auteur relève ainsi que « lorsqu'il existe une marge d'appréciation (certes politique, mais - on s'y risquerait - également scientifique quant à l'adéquation clinique) par rapport à une finalité donnée (la protection de la santé), tant dans la réalisation de l'évaluation que, a fortiori, dans son réexamen, les circonstances concrètes doivent être prises en compte ».

De manière assez connexe, Claudia Marchese revient sur l'influence, en France comme en Italie des comités scientifiques, dans la prise de décision politique en période de crise. Elle relève ainsi que « (...) si, à l'origine, le système juridique italien ne prévoyait aucune forme de publicité et d'accessibilité aux procès-verbaux des réunions et aux avis rendus » par ce type d'organisme, « à la suite de l'intervention du juge administratif, leur publication a été prévue après un délai de quarante-cinq jours (suivant la date de la réunion) ». Selon l'auteur, « l'expérience de la pandémie a également mis en évidence l'importance de respecter le principe de transparence afin d'éviter que le décideur politique ne cache des décisions prises en toute indépendance derrière des avis scientifiques non accessibles et non vérifiables ».

Pour sa part, Federica Rassa revient sur une évolution étonnante du Parlement italien avec la réduction du nombre de parlementaires, une évolution qui a longtemps constitué un serpent de mer de la vie politique italienne. Cela dit, cette réduction ne saurait constituer qu'un premier pas selon l'auteur qui, à titre d'exemple, « doit également conduire à la réforme des règlements internes au Parlement visant notamment à modifier le nombre minimum de membres siégeant dans les commissions parlementaires ».

De son côté, Sylvie Schmitt analyse la notion de biens communs en Italie. Elle rappelle ainsi que « la théorie italienne des biens communs conduit à écarter l'État en tant que personne publique pour ne garder que l'État gestionnaire ». Ce faisant, elle construit un objet juridique difficilement classable « en ce qu'elle distingue dans un même bien la propriété, l'usage et la gestion, les trois éléments pouvant être attribués à trois personnes différentes. En voulant délimiter l'État propriétaire, on délimite le droit de propriété tout court ». Avant d'évoquer plus spécifiquement la position italienne, l'auteur rappelle que le bien commun « n'appartient ni à une personne privée ni à l'État (ou toute autre personne publique) mais à la collectivité. Il est inappropriable par une seule personne du fait de son indivisibilité ».

Enfin, la situation internationale n'est pas oubliée puisque Guiseppe de Vergottini offre une analyse fouillée de la manière dont le droit constitutionnel italien se saisit du conflit ukrainien grâce à dans un texte au titre évocateur : « La Constitution et le retour de la guerre ». À propos de l'article 11 de la Constitution italienne, l'auteur rappelle que « les constituants n'avaient pas seulement à l'esprit d'empêcher l'Italie de s'aventurer dans la guerre à l'avenir, mais ils avaient aussi la ferme intention de permettre à l'Italie d'être incluse dans le système des Nations unies et, en tout cas, dans les organisations responsables de la sécurité collective », et qu'en ce sens, « il convient donc de faire une lecture équilibrée des deux parties de l'article 11 ». Toutefois, il précise également que « l'article 11 est généralement invoqué pour ne souligner que certains des aspects les plus évidents du conflit armé que la Constitution rejette. Toutefois, cela n'est pas en principe interdit si cela fait partie du devoir de défense destiné à assurer la sécurité de la communauté et des institutions de l'État ».

Enfin, ce numéro est aussi l'occasion de concrétiser un projet de longue date : doter *La Lettre d'Italie* d'un comité scientifique. C'est désormais chose faite, et qui mieux que d'éminents collègues italiens qui soutiennent depuis de nombreuses années à cette publication, pour en constituer les garants. Ainsi, cette *Lettre* s'enorgueillit aujourd'hui de compter dans son comité scientifique les professeurs Renato Balduzzi, Massimo Cavino, Guiseppe de Vergottini, Roberto Louvin et Paolo Passaglia. De même, et parce que cette *Lettre* est le produit d'une culture scientifique, celle du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras, et d'une équipe largement formée au sein de ce laboratoire, ce comité scientifique ne pouvait qu'intégrer celle et ceux qui œuvrent, depuis de nombreuses années et à la suite de son fondateur, le Doyen Jean-Claude Escarras, au rayonnement de l'équipe toulonnaise de l'UMR DICE : le professeur Maryse Baudrez, directrice honoraire du CDPC Jean-Claude Escarras, ainsi que les directeurs actuels, les doyens Thierry Di Manno et Jean-Jacques Pardini. ■ **Michaël Bardin**

Deux anniversaires et un devoir de mémoire

par Paolo Passaglia

Professeur de droit comparé à l'Université de Pise

I. - LE FASCISME ET SON REFUS

28 octobre 1922 : les militants du Parti fasciste organisent une « Marche sur Rome », que les forces de police n'auraient pas eu de difficultés majeures à arrêter si seulement elles en avaient reçu l'ordre. Cette « marche » sera à la base de la prise du pouvoir par Benito Mussolini. C'était il y a cent ans.

27 décembre 1947 : la Constitution républicaine est promulguée par le Chef provisoire de l'État ; elle entrera en vigueur le 1^{er} janvier suivant et sera l'acte fondateur d'un nouvel ordre juridique. C'était il y a soixante-quinze ans.

Les vingt-cinq ans qui séparent ces deux dates sont, sans aucun doute, les plus tragiques que l'État italien, issu des guerres d'indépendance du XIX^e siècle, ait connus au cours de son histoire. Un devoir de mémoire s'impose, pour s'assurer que les pages sombres de la dictature, des persécutions, des répressions, de la violence politique et de la guerre ne reviennent jamais plus.

Le devoir de mémoire s'impose d'autant plus que le fascisme a démontré qu'un système juridique peut entreprendre le chemin vers l'abîme quasiment sans s'en apercevoir, ou peut-être en s'en apercevant quand il est désormais trop tard. Pour s'emparer du pouvoir, le *Duce* du fascisme n'a pas eu besoin d'une guerre civile ni d'un coup d'État à la manière d'un *putsch* militaire : une situation d'instabilité politique prolongée, des tensions sociales très fortes, une crise économique dérivant de la Grande Guerre qui avait épuisé le pays ont été la toile de fond d'un tableau qui a vu une progressive concentration du pouvoir dans les mains de Mussolini. Un des aspects les plus remarquables, voire effrayants de la dictature fasciste tient justement au fait qu'elle est instaurée au prix certes de quelques dérogations aux règles juridiques, mais, du moins dans un premier temps, globalement dans le respect quoique purement formel de la légalité (cf., sur ce point, L. PALADIN, « Fascismo. II. – Diritto costituzionale », *Enciclopedia del diritto*, volume XVI^e, Milan, Giuffrè, 1967, p. 887 et s).

Eu égard à la manière par laquelle la dictature s'est manifestée, la crainte d'une nouvelle dérive vers la dictature est surgie dès le lendemain de sa chute. Une chute qui a eu lieu en deux temps. La première chute date du 25 juillet 1943, et s'était produite par un ordre du jour du Grand Conseil du Fascisme invitant le Roi à démissionner Mussolini et à nommer un autre Chef du Gouvernement.

La seconde chute n'est survenue qu'à la fin de la guerre : à la suite de sa démission, Mussolini avait été incarcéré, mais, libéré par les Allemands, il avait été mis à la tête d'un État fantoche, le régime collaborationniste de la République sociale italienne situé au nord de la péninsule, sur les territoires qui n'avaient pas encore été libérés par les Alliés.

Si l'opposition entre le fascisme et les dissidents avait toujours été très rude, les presque deux ans qui séparent la mise en place de la République sociale et la défaite nazi-fasciste ont été particulièrement durs, avec une guerre civile qui a profondément marqué la société italienne, en la divisant entre fascistes et résistants. Une telle opposition était, à l'évidence, susceptible de perdurer, en des formes différentes, même une fois la guerre terminée, pendant des années, voire des décennies.

(...) à la fin de la guerre, malgré la persistance, au sein de la société, de soutiens (le plus souvent cachés) à l'idéologie fasciste, la grande majorité du peuple et la quasi-totalité de la classe politique a clairement pris position contre le régime passé (...)

Cela dit, à la fin de la guerre, malgré la persistance, au sein de la société, de soutiens (le plus souvent cachés) à l'idéologie fasciste, la grande majorité du peuple et la quasi-totalité de la classe politique a clairement pris position contre le régime passé et en faveur de la construction d'un système

axé sur d'autres principes, inspirés de la démocratie, de l'état de droit, de la liberté et de la solidarité (cf. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologne, il Mulino, 2004, p. 13 et s. ; C. CARUSO, F. CORTESE et S. ROSSI (dir.), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milan, Franco Angeli, 2018).

II. - UNE CONSTITUTION RÉPUBLICAINE « ANTIFASCISTE »

À l'aune du contexte dans lequel l'Assemblée constituante, élue le 2 juin 1946, a rédigé la Constitution, il est évident que les craintes d'un retour en arrière ont joué un rôle essentiel dans l'élaboration du texte, jusqu'à ce que la Constitution puisse être qualifiée d'« antifasciste » (sur l'élaboration de la Constitution républicaine, cf. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (dir.), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milan, Mondadori, 1976 ; D. NOVACCO, *L'officina della Costituzione italiana (1943-1948)*, Milan, Feltrinelli, 2011).

Quels sont les éléments qui permettent de justifier la qualification que l'on vient d'évoquer et qui est couramment proposée ? Leur nombre étant considérable, une répartition en catégories s'impose : le refus du fascisme se présente, en effet, sous une forme explicite (a)

ou bien implicite (b) ou, encore, indirecte (c).

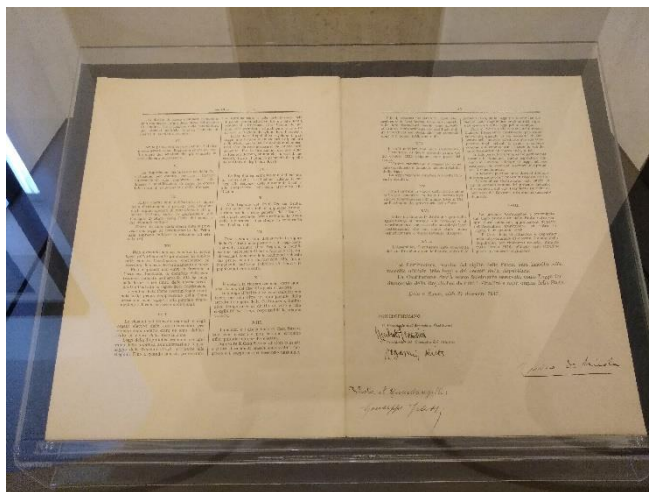
(a) Le refus explicite du fascisme trouve sa consécration dans la XII^e des Dispositions transitoires et finales, qui interdit « [l]a réorganisation, sous quelque forme que ce soit, du parti fasciste dissous » (alinéa 1^{er}), en ajoutant que, « [p]ar dérogation à l'article 48 [portant sur la reconnaissance du droit de vote aux citoyens ayant atteint l'âge de la majorité], des limitations temporaires au droit de vote et à l'éligibilité des chefs responsables du régime fasciste [devaient ou pouvaient être] fixées par la loi pour une période maximum de cinq ans après l'entrée en vigueur de la Constitution ».

Les Constituants ne voulaient donc plus qu'un parti fasciste puisse retrouver une place au sein des institutions. Bien évidemment, le refus ne se limitait pas à exclure le retour de la dictature fasciste, mais il allait bien au-delà. Il s'agissait, en effet, de faire en sorte d'éviter que l'existence même d'un « parti fasciste » puisse gangrener la vie politique, jusqu'à ce qu'il se prévale (comme au début des années 1920) des possibilités offertes par la démocratie représentative pour ensuite, le cas échéant, les renverser ou les paralyser. La double prévision de la XII^e Disposition précitée vise précisément ces deux créneaux de la protection contre le fascisme, en interdisant un parti qui avait démontré être incompatible avec la démocratie et en empêchant, du moins pour quelques années, que ses chefs puissent profiter des opportunités offertes par la nouvelle démocratie pour retourner à des postes clés dans les institutions (cf. A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali*, sous la dir. de G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologne – Rome, Zanichelli – Il Foro italiano, 1995, *Disp. XII*, p. 197 et s.).

Si le parti fasciste a été tout spécialement ciblé par ces interdictions, les Constituants n'ont pas fondé leur refus du régime fasciste sur la dénomination du parti qui l'a instauré. Autrement dit, l'interdiction ne frappe pas seulement les velléités de réorganiser un parti dont le nom évoque explicitement le fascisme. Les prévisions de la XII^e des Dispositions transitoires et finales ont un lien direct avec celles de l'article 18, alinéa 2, de la Constitution, qui interdit « les associations secrètes et celles qui poursuivent, même indirectement, des buts politiques au moyen d'organisations de caractère militaire ».

En ce qui concerne le fascisme, ce ne sont pas, évidemment, les associations secrètes qui sont visées, mais l'autre type d'associations interdites, qui est sans doute inspiré du passé, car il concerne les associations combinant deux aspects qui, en eux-mêmes, ne sont pourtant pas illégitimes : la poursuite de buts politiques et le caractère militaire (c'est-à-dire une organisation qui se traduit par une structure fortement hiérarchisée et par le port

d'uniformes ou même d'armes). L'interdiction constitutionnelle vise à empêcher que le discours politique ne puisse dégénérer dans la violence, à l'instar de ce qui s'est produit durant le fascisme de la première heure, avec les escadres qui attaquaient les sièges des syndicats, des partis de gauche et leurs responsables, et durant le fascisme qui était en train de s'emparer du pouvoir, lorsque les violences perpétrées par les fascistes étaient couvertes par les pouvoirs publics ; dans ce cadre, même le meurtre, en



1924, du député socialiste Giacomo Matteotti, qui avait dénoncé les fraudes électorales commises par les fascistes, n'a pas fait obstacle de manière significative aux ambitions de Mussolini, qui est même arrivé à assumer la responsabilité « morale » du meurtre dans son discours du 3 janvier 1925 à la Chambre des députés.

L'article 18, alinéa 2, à son tour, doit être mis en rapport avec l'article 49, qui fait des partis politiques

les moyens par lesquels les citoyens concourent « à la détermination de la politique nationale ». Si les citoyens ont le droit de « former librement des partis », l'action de ceux-ci doit se dérouler « selon la méthode démocratique ». Cette condition a été interprétée comme exprimant la nécessité que le parti accepte la démocratie, avec ses formes et ses limites, et qu'il ne recoure pas à la violence. En revanche, l'idée a été rejetée d'imposer ces règles démocratiques dans l'organisation interne du parti : l'interdiction posée par l'article 18, alinéa 2, concernant les organisations de type militaire a été considérée suffisante à garantir le déroulement correct de la compétition des idées politiques (cf. F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Turin, Giappichelli, 2017).

(b) Le refus implicite du fascisme se répand dans un grand nombre d'articles de la Constitution, et notamment dans tous ceux qui affirment des principes et qui s'inspirent de valeurs incompatibles avec l'idéologie fondatrice du régime de Mussolini et/ou avec ses accomplissements. Le ton est donné dès les trois premiers articles.

L'article 1^{er} qualifie l'Italie de « République démocratique fondée sur le travail », alors que les démocraties européennes des années 1920 et 1930 étaient méprisées par les hauts dignitaires du régime et souvent qualifiées de « ploutocraties ». La démocratie étant affichée comme pilier du système, on a soin d'éviter que l'appel au peuple puisse être détourné jusqu'à ce qu'il aille à l'encontre des fondements mêmes de la démocratie : c'est dans cette logique que l'alinéa 2, tout en reconnaissant, comme il se doit, que « [l]a souveraineté appartient au peuple », précise que celui-ci « l'exerce dans les formes et dans les limites de la Constitution ».

L'article 2 propose, par rapport au passé, une inversion des

rappports qui s’instaurent entre les individus et les pouvoirs publics. Dans le régime fasciste, chacun était appelé à contribuer à la poursuite des objectifs du régime et sa contribution était déterminée, principalement, en fonction du sexe et de l’âge. Par conséquent, les femmes devaient correspondre aux attentes de la campagne démographique, visant à accroître la population italienne, pour en augmenter force et puissance ; les hommes devaient devenir, avant tout, des bons soldats, prêts à permettre à l’Italie d’atteindre un rôle de premier plan sur la scène internationale, ensuite les hommes devaient devenir de bons pères et participer à la politique de ralliement de la jeunesse au fascisme, etc. En résumé, un individu n’était pas pris en considération pour ses qualités et sa personnalité, mais pour l’apport qu’il offrait au régime. La Constitution efface cette vision en en prônant une toute nouvelle, axée sur la reconnaissance et la garantie des « droits inviolables de l’homme ». Le fait qu’aux termes de l’article 2 l’on *reconnaisse* – au lieu, par exemple, d’affirmer – ces droits implique que ceux-ci existaient même avant que les pouvoirs publics les insèrent dans le droit positif et les garantissent : il en résulte que les pouvoirs publics sont liés au respect de ces droits, et même que leur raison d’être principale tient précisément à faire en sorte que ces droits soient respectés. Ce n’est donc plus le régime qui se place au centre de la vie collective en imposant ses objectifs, mais ce sont les individus qui deviennent les destinataires de la protection des pouvoirs publics : en effet, le rôle principal de ceux-ci est de permettre à chacune et chacun de jouir des droits dont elle ou il est titulaire pour le seul fait d’être né(e).

L’article 3 tire les leçons des infamies commises par la dictature à l’égard de certaines catégories de personnes : « [t]ous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d’opinions politiques, de conditions personnelles et sociales ». Le régime fasciste a toujours été profondément inégalitaire, à maints égards, jusqu’à tomber dans l’abîme ultime de suivre le régime nazi allemand dans la persécution de la population juive, d’abord sous la forme de la discrimination et ensuite, pendant la guerre, avec la collaboration active à l’horreur de la « solution finale ». De toute évidence, les Constituants ont condamné ces pratiques, et l’affirmation très claire du principe d’égalité poursuit le but de rendre impossible des politiques par lesquelles une majorité écrase une minorité, soit-elle de « race » (l’emploi de ce terme, qui aujourd’hui apparaît fâcheux, doit être contextualisé dans la pratique linguistique des années 1940), de « langue » (et donc, plus d’italianisation forcée des populations allophones), de « religion »



(le catholicisme ayant une place quelque peu privilégiée, il est quand même hors de question de ne pas protéger l’exercice des autres cultes), d’« opinions politiques » (le système étant pluraliste, une discrimination à cet égard serait un démenti des fondements mêmes du système), etc.

La liste des articles constitutionnels à mentionner comme manifestant un refus du fascisme serait vraiment trop longue, et donc force est de se contenter de la référence aux trois premiers. Avec une dérogation, tout de même, pour l’article 11, qui exprime à l’égard de la politique internationale des principes tout à fait inverses par rapport à ceux du fascisme : si celui-ci voyait dans la force militaire et les conflits armés des moyens pour l’Italie d’assumer le rôle qui devait être le sien dans les relations internationales, désormais « [l]’Italie répudie la guerre en tant qu’instrument d’atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des conflits internationaux » ; si l’Italie fasciste, notamment à la suite de la guerre d’Éthiopie (aux protestations qu’elle avait engendrées et aux sanctions de la Société des Nations), n’avait pas hésité à s’écarter des organisations internationales au nom d’une autarchie assez velléitaire (voire ridicule), la République italienne « consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations » et « elle suscite et favorise les organisations internationales poursuivant ce but ».

(e) Par la notion de refus indirect on peut évoquer une mise en place des institutions qui soit en mesure d’empêcher une concentration de pouvoirs excessive, telle à créer les conditions pour un retour d’une dictature. Dans ce but, le refus du passé que l’Assemblée constituante a bien exprimé dans la Seconde Partie de la Constitution, portant sur l’« organisation de la République », a été anticipé, en quelque sorte, par le vote du peuple lors du référendum sur le choix entre monarchie et république, qui s’est tenu le même jour de l’élection de l’Assemblée constituante.

La majorité de voix assez nette, quoique non plébiscitaire, en faveur de la République (avec le 54,3% des suffrages exprimés) a été le reflet de plusieurs raisons, parmi lesquelles on ne saurait négliger les fortes critiques contre le roi Victor Emmanuel III pour son attitude vis-à-vis du fascisme : c’est lui qui a nommé Mussolini à la tête du Gouvernement et par la suite il ne s’est opposé, du moins de manière officielle, à aucune mesure et à aucune action entreprise par le *Duce* (dans ce piètre bilan, il faut inclure la signature des lois raciales) ; évidemment, le fait d’avoir accepté, en 1943, l’invitation du Grand Conseil du Fascisme de nommer un autre chef du Gouvernement et le fait d’avoir fait emprisonner Mussolini ont été perçus comme bien trop tardifs.

Le choix de la République a donc été un signe de rupture par rapport à la pratique des institutions qui avait ouvert la voie au fascisme et qui par la suite l’avait pour ainsi dire accompagné.

Si le choix de la forme du gouvernement a surtout une portée symbolique, d’autres choix et prévisions constitutionnelles ont des effets très

concrets.

D'abord, la Constitution devient « rigide », sa modification nécessitant d'un accord plus large que celui qui permet d'adopter des lois ordinaires. La Constitution est en outre protégée par un gardien, la Cour constitutionnelle, conçue à l'instar d'un véritable garde-fou, capable (ou censé l'être) de limiter les dérives éventuelles des pouvoirs politiques. Le système de protection est complété par une magistrature dont l'indépendance est très fortement assurée, notamment à l'égard du pouvoir exécutif, qui dans le passé avait eu des possibilités considérables d'influencer le sort des affaires et des poursuites ainsi que les carrières de juges et ministères publics.

Même les institutions politiques ont été mises en place de manière à éviter tout retour de la dictature : le Parlement est ainsi devenu le centre du système, le régime parlementaire n'étant que très faiblement rationalisé ; le Président de la République, tout en s'inspirant de la notion de « pouvoir neutre » de Benjamin Constant, est quand même loin d'être dépourvu de pouvoirs, ce qui en fait un Chef de l'État en mesure de partager des responsabilités significatives, surtout lorsque le fonctionnement des institutions est perturbé.

La Constitution n'aborde pas le mode de scrutin, cependant il est assez évident que les membres de l'Assemblée constituante avaient à l'esprit un scrutin proportionnel (qui, du reste, sera la règle, l'exception étant le scrutin mixte à prévalence majoritaire de la période 1994-2006).

Enfin, la reconnaissance des autonomies territoriales implique une division du pouvoir (exécutif et législatif) entre le centre et les périphéries, c'est-à-dire les collectivités régionales et locales.

Un pouvoir assez fragmenté, donc, qui pouvait certes ouvrir la voie à une certaine instabilité gouvernementale, mais qui, en général, était censé assurer le respect et la conservation des principes fondateurs d'un système démocratique.

III. - UN ANTIFASCISME « DÉCLINANT »

L'antifascisme de la Constitution de 1947 ne saurait être mis en question. Cela malgré la grande difficulté d'assimiler le régime italien aux démocraties « protégées », telles que, par exemple, l'Allemagne fédérale, dans laquelle la Loi fondamentale de 1949 a imposé une clôture envers le passé encore plus nette (cf. S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola*, Turin, Giappichelli, 2004 ; *Democrazie protette e protezione della democrazia*, A. DI GIOVINE (dir.), Turin, Giappichelli, 2005).

Quelle qu'en soit la qualification à cet égard, de la démocratie italienne, il est indéniable que la Constitution marque une rupture radicale avec le régime précédent. Cette conclusion est loin d'être acquise par d'autres éléments du nouvel ordre juridique. Les épurations, en particulier, après une première phase, ont connu un

ralentissement qui a vite viré à l'inaction, faisant en sorte que de nombreux fonctionnaires qui avaient occupé des postes de responsabilité pendant le fascisme restent à leur place (cf. A. DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia esperienze e modelli di giustizia post-autoritaria*, Milan, Franco Angeli, 2021, p. 71 et s.). Même la législation est souvent restée pendant des décennies celle qui avait été adoptée durant la période fasciste.

Ces éléments de continuité ont peut-être retardé l'accomplissement des objectifs envisagés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, mais n'ont certes pas touché à la volonté de les poursuivre. Dans ce cadre, la Constitution est restée la pierre angulaire d'un système qui se caractérisait pour des tensions idéologiques très fortes, notamment entre le centre chrétien et atlantiste, d'un côté, et les communistes, de l'autre, mais qui retrouvait une unité justement dans la Constitution, reconnue par la grande majorité des forces politiques (la seule exception étant l'extrême droite) comme le gage d'un destin commun inspiré de grands principes et valeurs partagés. L'antifascisme de la Constitution devenait donc une force d'unification de la société (du moins de la partie de celle-ci qui se reconnaissait dans la Constitution).

Cette situation a perduré pour plus de quatre décennies. Au début des années 1990, une véritable déstructuration des équilibres traditionnels s'est manifestée en raison de plusieurs facteurs. D'abord la chute des régimes socialistes en Europe de l'Est a rendu dépassées les oppositions qui avaient marqué la guerre froide, et qui en Italie avaient été

renforcées par la présence du plus grand Parti communiste en Occident. La véritable crise du système, toutefois, n'est arrivée qu'en 1992, lorsque la magistrature a découvert une pratique très répandue de corruption impliquant, à de différents niveaux, tous les partis politiques. Cette crise a été sans doute favorisée par les difficultés économiques et financières de l'État ainsi que

par une recrudescence des attentats liés à la criminalité organisée.

À l'aune de cette crise du système politique, les élections de 1994 ont donné lieu à des changements majeurs. Dans le cadre d'un système qui était devenu, à la suite de la réforme du mode de scrutin qui était devenu pour l'essentiel majoritaire, les partis traditionnels, ceux qui avaient contribué à la rédaction de la Constitution, ont laissé la place à de nouveaux partis, des partis que, surtout à droite, ne se réclamaient plus de leur proximité avec la Constitution antifasciste. Si, dans certains cas (ceux du parti de Silvio Berlusconi, *Forza Italia*, et de la Ligue du Nord), le lien avec les Constituants se faisait très faible, dans un autre, celui d'Alliance Nationale, le lien direct était avec le parti d'inspiration fasciste, le Mouvement social italien, qui, avant de changer son nom en Alliance Nationale, avait longtemps revendiqué son ralliement à l'idéologie fasciste.

L'antifascisme de la Constitution devenait donc une force d'unification de la société (du moins de la partie de celle-ci qui se reconnaissait dans la Constitution)

Ces changements ont affecté d'une manière très conséquente la Constitution. Le fait même que les auteurs de la Constitution ne soient plus présents sur la scène politique est un élément d'affaiblissement pour la Charte. Si on ajoute à cet aspect le fait qu'une partie de l'échiquier politique, à plusieurs reprises investi, depuis 1994, de responsabilités gouvernementales, ne se reconnaît pas ou ne se reconnaît que très partiellement dans la Constitution, alors la perte de légitimation politique et sociale de celle-ci peut devenir un danger sérieux. Le fait que les critiques vis-à-vis de la Constitution se soient multipliées (Berlusconi l'a même qualifiée, en 2003, comme une constitution « d'inspiration soviétique », cf. F. BILANCIA, « Il Presidente del Consiglio Berlusconi e la costituzione come "problema" », *costituzionalismo.it*, 2003, n° 1) en est la démonstration, à l'instar des nombreuses propositions visant à sa réforme organique, qui cachent un message implicite dont l'essence est une contestation, plus ou moins forte, de la bonté ou de l'efficacité à ce jour de l'œuvre des Constituants.

Sur le plan des rapports entre les forces politiques, la nouvelle donne a eu comme effet de faire perdre à l'antifascisme sa force d'unification de la grande majorité des acteurs. Il est vrai que dans le discours politique les références au fascisme ne sont que très épisodiques et les références positives le sont encore moins (pour ne pas dire qu'elles sont quasiment absentes), mais il est vrai aussi que le silence a remplacé une pratique qui, dans le passé, était beaucoup plus penchée vers la critique directe et réitérée de la dictature. Un exemple emblématique vient des célébrations du 25 avril, date de la Libération à la fin de la Seconde Guerre mondiale, une date dont l'importance a

longtemps été ressentie par la grande majorité des forces politiques, mais qui, progressivement, a acquis une portée, en quelque sorte, polarisante, comme l'attestent les absences aux célébrations de Silvio Berlusconi, même lorsqu'il était Président du Conseil des ministres (cf. B. JERKOV, « 25 aprile, festa della Liberazione. Le tante assenze di Berlusconi », *Repubblica.it*, 25 avril 2004).

À l'égard de la célébration de la Libération ainsi que des critiques vis-à-vis du fascisme, on pourrait même dire que c'est le temps qui passe qui est à l'origine d'une progressive perte d'intérêt, liée à la perte des souvenirs et du départ des témoins directs. Il n'en reste pas moins que l'édifice républicain a été bâti sur les ruines matérielles et morales dérivant de la dictature et de la guerre, et donc le fait même de ne plus le mettre en exergue néglige les fondements sur lesquels la société italienne s'est donné un nouveau souffle et s'est reconstruite. Le sort de la Constitution est, à ce propos, emblématique.

Or, une Constitution antifasciste fragilisée n'implique pas un retour au fascisme, cela est une évidence. Œuvrer pour un tel retour serait, du reste, tout à fait anachronique. Cependant, l'affaiblissement de la légitimité de la Constitution est, en soi, un risque pour les principes et les valeurs qu'elle porte. Et, comme on a cherché à souligner, ceux-ci sont, précisément, inspirés du refus du fascisme. Le problème n'est donc pas celui du retour du fascisme, mais plutôt celui de l'abandon ou de l'assouplissement d'une attitude critique vis-à-vis de ce que le fascisme a été et des idées dont il s'est nourri et qu'il a mis en œuvre. Des fantômes du passé toujours prêts à se réveiller (cf. A. DE BERNARDI, *Fascismo e antifascismo. Storia, memoria e culture politiche*, Rome, Donzelli, 2018). ■

■ Cour constitutionnelle

La communication de la Cour constitutionnelle : d'objet juridique non identifié à objet incontournable du débat juridique

Par un communiqué de presse du 27 octobre 2022, la Cour constitutionnelle a annoncé la cessation de la collaboration avec Donatella Stasio, la journaliste responsable de la communication de l'institution pendant les cinq dernières années. Nommée en novembre 2017 à la tête du Service de presse (qui est devenu ensuite – ce qui n'est pas anodin – *Service de la communication et de la presse*), elle a donné une empreinte à la révolution communicative de la Cour constitutionnelle de ces dernières années, menée d'abord sous l'égide

des présidents Grossi, Lattanzi et Cartabia, suivis par les présidents Morelli, Coraggio et Amato.

Il faudra attendre trois mois pour connaître le nom de son successeur, Dino Martirano, qui a assumé les fonctions de responsable du service le 16 janvier 2023. Journaliste lui aussi, il est déjà coutumier de la communication institutionnelle pour avoir rempli, entre novembre 2019 et octobre 2022, au sein du ministère de l'Intérieur, les fonctions d'abord



de porte-parole du Ministre et ensuite de responsable du Service de presse et de communication du Ministère.

Ce remplacement à la tête du Service ne doit pas être vu comme un désaveu pour le travail accompli par l'ancienne responsable, assure la Cour. Dans le communiqué de presse annonçant la cessation des fonctions de Donatella Stasio on peut lire, d'ailleurs, que l'ensemble des juges constitutionnels « exprime sa sincère appréciation pour l'élan novateur donné à la communication de la Cour et pour le grand professionnalisme dont [D. Stasio] a fait preuve ces dernières années ». Néanmoins, face au grand bruit que les initiatives de communication de la Cour ont suscité¹, entre appréciations et vives critiques, beaucoup se demandent si ce passage des consignes n'est pas le signe d'une volonté de recul dans les stratégies de communication.

S'il est trop tôt pour avancer toute considération sur les conséquences de ce changement à la tête du service ainsi qu'à la présidence de l'institution², c'est en revanche l'occasion pour tirer un bilan de la communication de la Cour constitutionnelle au cours de ces dernières années (I) et surtout des réactions qu'elle a suscitées, s'imposant comme objet d'étude - et de critique - de la part de la doctrine (II).

I. UNE COMMUNICATION MARQUÉE PAR UNE VOLONTÉ D'OUVERTURE

Ce constat n'a pas pu échapper même à l'observateur de l'actualité constitutionnelle italienne le plus distrait : depuis quelques années, nous assistons à une véritable « révolution » des stratégies de communication de la Cour³. Partant du constat que « pour communiquer avec le pays il ne suffit pas de faire connaître ses décisions, de les publier dans les formes habituelles et de les confier à la lecture d'experts » (G. LATTANZI, *Relation du Président lors de la réunion extraordinaire du 21 mars 2019*), la Cour constitutionnelle a multiplié ses méthodes de communication, en conjuguant un usage renouvelé d'instruments

traditionnels avec le recours à de nouveaux outils et le développement de nouveaux objets de communication s'adressant à de nouveaux publics.

S'agissant des instruments traditionnels, un des éléments méritant la plus grande attention réside dans la multiplication et la diversification des communiqués de presse (au nombre de quelques-uns

Les nouvelles stratégies de communication de la Cour se caractérisent, enfin, par la prolifération, à côté de la communication traditionnelle (...) d'initiatives d'information et de rencontre portant de manière plus large sur le rôle de l'institution et sur les contenus et l'importance de la Constitution, avec un objectif assumé de vulgarisation (...)

par année jusqu'en 2017, ils sont 32 en 2018 et plus d'une centaine par an depuis 2019, sur les différentes typologies de communiqués, v. notamment G. D'AMICO, « Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: comunicati e le 'voci di dentro' tra tradizione e innovazione », *Dir. e Soc.*, n° 2/2018). Concernant les nouveaux instruments, ensuite, la Cour non seulement a rénové et enrichi son site internet (amélioré en 2017, il est complètement rénové en 2020), mais elle dispose aussi de comptes Twitter, Instagram, YouTube et Spreaker dédiés à la diffusion de vidéo et de podcast, ainsi que d'une application pour smartphone (sur cette communication numérique, v. M. BARDIN, « La "mue communicationnelle" de la Cour constitutionnelle », *AJJC*, XXXV-2020, Economica-PUAM, 2021, p.1028-1029). Les nouvelles stratégies de communication de la Cour se caractérisent, enfin, par la prolifération, à côté de la communication traditionnelle portant sur son activité juridictionnelle, d'initiatives d'information et de rencontre portant de manière plus

large sur le rôle de l'institution et sur les contenus et l'importance de la Constitution, avec un objectif assumé de vulgarisation et de pédagogie constitutionnelle (pour une analyse plus approfondie de ces initiatives de communication et de leurs finalités, nous nous permettons de renvoyer à A.-M. LECIS COCCO ORTU, « La Cour constitutionnelle italienne et le public : à la recherche d'une confiance renouvelée entre œuvre pédagogique et légitimation », *AJJC*, n° XXXIV-2019, 2020, p. 37). Parmi les initiatives de ce type, on rappellera, sans prétention d'exhaustivité : le « voyage dans les écoles » et le « voyage dans les prisons », qui ont porté des juges constitutionnels à échanger respectivement avec des élèves et des détenus dans plusieurs établissements du pays, les rencontres avec les détenus ont fait l'objet d'un film documentaire qui a été présenté au 76^e Festival du Cinéma de Venise), les « Décisions qui ont changé la vie des Italiens », regroupant des vidéos de 100 secondes dans lesquelles les juges constitutionnels présentent chacun une décision choisie (v. *Sentenze che hanno cambiato la vita degli italiani*, sur le site de la Cour) et le projet « Les paroles de la Constitution », consistant en de brèves vidéos télédiffusées par la RAI (Rai Scuola et Rai Tre), dans lesquelles les juges constitutionnels illustrent chacun un concept constitutionnel à partir d'un mot choisi⁴. Par celle qu'on pourrait définir une « communication sur la communication », qui se déploie à travers les discours des présidents et les rapports officiels sur l'activité de l'institution, la Cour insiste beaucoup sur les objectifs et les enjeux de ces nouvelles initiatives menées sous le signe de l'ouverture. Selon les propos de la Présidente de la Cour Marta Cartabia, en effet, « 'Ouverture' a été le mot de passe [de l'année 2019] » puisque « la Cour a ouvert ses portes » à plusieurs égards : par la possibilité pour les citoyens de visiter le Palais, par une communication publique adaptée à un public non spécialisé, par un site internet rénové, par une présence sur les réseaux

sociaux, par une traduction plus fréquente des décisions et des communiqués de presse en anglais, par un grand nombre de rencontres avec d'autres cours constitutionnelles ainsi qu'avec les cours européennes, par des journées d'étude avec la doctrine constitutionnaliste, par des rencontres avec des délégations d'autres cours (M. CARTABIA, *Relation annuelle sur l'activité de 2019*, pp. 1-2, photo ci-contre). Ces initiatives s'inscrivent d'ailleurs dans un effort plus général d'ouverture à la société qui touche aussi à l'organisation du procès constitutionnel⁵. Mais le revers de la médaille de ces initiatives d'ouverture est une surexposition de l'institution, qui ne manque pas de susciter de vives critiques et qui fait désormais de la communication de la Cour un objet d'étude incontournable.

II. UNE COMMUNICATION S'IMPOSANT COMME OBJET D'ÉTUDE INCONTOURNABLE

Les évolutions dans les stratégies de communication que nous avons brièvement illustrées ont fait couler beaucoup d'encre ces dernières années⁶. La question de l'ouverture de la Cour par la communication est d'ailleurs liée, comme nous l'avons rappelé, à celle de l'ouverture du procès par la réforme du règlement intérieur en matière d'*amici curiae* et d'experts, si bien qu'une grande partie de la doctrine analyse parallèlement les deux, soulignant tantôt leur potentiel en termes de légitimation et d'amélioration de la jurisprudence, tantôt les risques de politisation et, au final, de délégitimation qu'elles impliquent.

Si une partie de la doctrine s'est montrée absolument méfiante à l'égard de toute stratégie communicative innovante qui pourrait conduire la Cour sur le terrain du débat public et faire prévaloir son « âme politique » sur celle juridictionnelle (V. not. A. MORRONE, « Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale », *Quad. cost.*, n° 2/2019, p. 274 et s.), une autre partie a en revanche réservé un bon accueil aux nouvelles initiatives de communication, sans néanmoins s'abstenir des critiques concernant les

implications à double tranchant qu'elles comportent en termes de légitimité⁷.



Voulant essayer de résumer, par exigence de synthèse, les préoccupations manifestées par la doctrine, il convient de distinguer entre, d'une part, les formes de communication (et notamment de simplification de l'information) sur l'activité juridictionnelle et, d'autre part, les initiatives qu'on a définies de « pédagogie constitutionnelle ».

S'agissant des premières, il s'agit d'une forme de communication classique des cours constitutionnelles et finalement cohérente avec la fonction juridictionnelle, qui par conséquent ne semble pas poser, en principe, de problème de légitimité. Néanmoins, concernant en particulier les communiqués de presse, la doctrine s'interroge sur leurs modalités d'adoption (G. D'AMICO, « Comunicazione e persuasione... », *op. cit.* ; A. SPERTI, « Corte costituzionale... », *op. cit.*) et de rédaction (S. PAJNO, « La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto », *Questione giustizia*, n° 4/2020 ; G. SOBRINO, « Genesi, forme e finalità dell'attuale rapporto tra la Corte Costituzionale e l'opinione pubblica: contributo alla discussione », *Forum di Quad. cost.*, n° 1/2023), notamment lorsqu'il s'agit de communiqués « anticipatoires » ou « préventifs », publiés avant la publication de la décision⁸. En particulier, il a été observé que le choix des contenus

faisant l'objet des communiqués permet à la Cour de montrer au public ce qu'elle souhaite divulguer et de dissimuler ce qu'elle souhaite cacher (A. MORRONE, « Suprematismo... », *op. cit.*). Une critique plus modérée pointe du doigt le risque de déformation de la motivation comporté par une excessive simplification ou par la recherche d'un style journalistique (G. SOBRINO, « Genesi... », *op. cit.*). En ce sens, on peut citer le titre du communiqué du 6 mars 2019 « *La prostituzione al tempo delle escort: la Consulta "salva" la legge Merlin* », dont le style et le choix de vocabulaire remplit plus la fonction d'attirer le regard du lecteur que de donner une anticipation juridiquement précise de la décision.

Quant aux initiatives de communication inspirées d'une finalité pédagogique, en revanche, on a pu se demander si cette fonction rentre à plein titre dans les missions de la juridiction constitutionnelle ou si elle constitue un débordement sur un terrain qui ne lui est pas propre, avec des risques de politisation ou d'instrumentalisation par des « juges militants » qui feraient du « catéchisme constitutionnel », sélectionnant les valeurs qui méritent d'être divulguées et défendues⁹.

In fine, une critique récurrente porte sur le fait que cette révolution communicative serait surtout liée à une recherche de légitimation, notamment à un moment où la Cour semble pencher vers un activisme plus marqué, à la fois par une jurisprudence audacieuse sur le fond et par le développement de nouvelles techniques décisionnelles (v. notamment les décisions en matière de contrôle des lois électorales : déc. n°s 1/2014, 35/2017 et 63/2018 ; des rapports entre systèmes : déc. n°s 24/2017 et 269/2017 ; de fin de vie : déc. n°s 207/2018 et 242/2019 ; de condamnation à perpétuité sans aménagement de la peine, de transmission du nom maternel : déc. n°s 18/21 et 131/22)¹⁰. En effet, toute communication de la part d'une juridiction se positionne plus ou moins directement au service de l'acceptation de sa jurisprudence, de son autorité, de sa reconnaissance. Qu'elles affichent de manière plus ou

moins explicite un tel objectif de recherche de légitimité, les juridictions constitutionnelles intensifient leur communication soit pour mieux se faire connaître¹¹, soit pour réagir à des contestations de la part des pouvoirs publics ou de l'opinion publique. Cela a été le cas pour le Conseil constitutionnel, qui a commencé à développer sa communication publique à partir de la présidence de Robert Badinter au lendemain de la décision très contestée de 1993 sur la loi sur l'immigration, ainsi que pour d'autres cours, à l'image de la Cour constitutionnelle allemande et des cours suprêmes d'Australie et du Royaume-Uni (v. T. GROPPi, « Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale: dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale », communication introductive au séminaire de la revue, *Quad. cost.*, n° 1/2023). Or, si la « ré-légitimation continue » est une exigence consubstantielle de toute cour constitutionnelle¹², la doctrine est divisée sur le lien entretenu avec l'opinion publique dans la construction de cette légitimité. Pour certains auteurs, la Cour ne doit fonder sa légitimation qu'« en interne », sur les règles régissant son procès et à travers la motivation¹³. Tandis que, pour d'autres, la Cour

politique (M. C. GRISOLIA, « Corte costituzionale ed opinione pubblica: un “cambio di passo” ormai necessario? », A. SAIITA, « La comunicazione... », *op. cit.*, C. SALAZAR, « La Corte costituzionale tra le maglie della Rete », *op. cit.*; A. SPERTI, « Corte costituzionale e opinione pubblica », *op. cit.*)¹⁵. Par sa « révolution communicative » la Cour s'est aventurée sur un terrain glissant, qui pourrait renforcer sa légitimation et l'efficacité de son rôle de garantie ou, au contraire, saper son autorité juridictionnelle et menacer l'équilibre dans les relations institutionnelles. Se pose alors à la Cour un choix cornélien : abandonner ce chemin périlleux pour se renfermer dans la sécurité de son palais, qui la tient à l'abri des risques de politisation et d'instrumentalisation de son discours, ou bien persévérer dans cette approche d'ouverture, avec les ajustements nécessaires pour répondre à certaines préoccupations justement manifestées par une partie de la doctrine ? Il nous semble que, face aux menaces qui pèsent actuellement sur nos démocraties, la Cour devrait être prête à relever ce défi, à la recherche d'un délicat équilibre dans sa volonté de construire une relation de confiance avec les citoyens et de renforcer la « citoyenneté constitutionnelle »¹⁶. Il s'agira de voir si les bouleversements institutionnels (à l'intérieur de la Cour, mais aussi à l'extérieur, avec une majorité politique plus uniforme et un gouvernement potentiellement plus stable¹⁷) conduiront à un changement de pas, aussi bien dans le plan jurisprudentiel que dans sa communication publique¹⁸.

La doctrine est sans doute appelée à surveiller et à exercer son rôle critique. Mais il faut espérer que, pour échapper au risque de surexposition publique, la Cour ne retombe pas dans

l'excès opposé, jusqu'à se rendre invisible dans des moments difficiles pour la garantie des droits et libertés et la tenue des principes démocratiques. ■ **Anna Maria Lecis Cocco Ortu**

1. Au-delà de la désormais vaste littérature sur le thème, il est particulièrement significatif que le séminaire annuel organisé par la revue *Quaderni Costituzionali* le 25 novembre 2022 a été consacré à ce thème, v. *infra*.

2. S. Sciarra a été élue présidente de la Cour constitutionnelle le 20 septembre 2022. Pour l'instant, dans ses prises de parole publiques, elle a montré de vouloir s'inscrire dans la continuité de l'approche d'ouverture entreprise par ses prédécesseurs : v. par ex. son allocution lors de la XIIe édition du Salon de la Justice, Rome, 25 octobre 2022. Néanmoins, certains observateurs externes au monde universitaire s'inquiètent déjà pour la timidité montrée dans la communication institutionnelle sur certains sujets sensibles récemment traités, notamment à propos de l'affaire des condamnations à perpétuité sans possibilité d'aménagement de la peine. V. L. MILELLA, « La Consulta sceglie il silenzio stampa. Proprio mentre arriva il Governo Meloni », *Forum di Quaderni Costituzionali*, n° 1/2023.

3. Même s'il a pu être observé que la communication fait partie de l'ADN de la Cour (D. Stasio, « Il senso della Corte per la comunicazione », *Questione Giustizia*, n° 2/2020), il nous semble que cette qualification, utilisée par beaucoup d'auteurs (v. par ex. G. Sobrino, « 'Uscire dal Palazzo della Consulta': ma a che scopo? E in che modo? La "rivoluzione comunicativa" della Corte nell'attuale fase della giustizia costituzionale », *Federalismi.it*, 2020, n° 15, p. 172) le soit à juste titre.

4. Des chaînes privées ont aussi consacré des émissions à la Cour constitutionnelle, par exemple *Alla scoperta della Corte costituzionale* sur la chaîne La7 et en ligne.

5. La référence est en particulier à la modification du règlement intérieur introduisant le mécanisme de l'*amicus curiae* et l'audition d'experts. Dans ce sens aussi A. Sperti, « Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative », *Consulta OnLine*, 23 mars 2020.

6. Parmi les nombreuses contributions en la matière, dont seulement une petite partie a pu être citée dans les notes de ces pages, v. notamment le numéro de *Forum di Quaderni Costituzionali* n°1/2023 consacré aux interventions lors du séminaire annuel de la revue portant sur *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, modalità*, www.forumcostituzionale.it.

7. L. D'Andrea, « Il dialogo tra Corte costituzionale e opinione pubblica come valore costituzionale: brevi cenni », *Forum di Quaderni Costituzionali* n° 1/2023 ; L.

(...) une critique récurrente porte sur le fait que cette révolution communicative serait surtout liée à une recherche de légitimation, notamment à un moment où la Cour semble pencher vers un activisme plus marqué (...)

peut et doit rechercher aussi une légitimation sociale dans la construction d'une relation de confiance avec l'opinion publique¹⁴, à condition que cela ne se traduise pas en une recherche du consensus populaire selon des logiques de type

Ferrarella, « Prove di comunicazione della Corte costituzionale », *Questione giustizia* n° 4/2020 ; A. Saitta, « La comunicazione istituzionale del giudice delle leggi come pedagogia » ; A. Sperti, « Corte costituzionale e opinione pubblica », *Diritto e società*, n° 4, 2019.

8. Il s'agit de communiqués sur certains décisions particulièrement attendues, publiés *après* la décision en chambre de conseil et *avant* la publication (et donc la rédaction définitive...) de la décision, pour éviter la diffusion d'indiscrétions, de mauvaises interprétations et de *fake news* (fonction explicitement revendiquée par la Cour dans les relations des présidents). V. aussi D. Stasio, « Il senso della... », *op. cit.*). Pour de vives critiques à l'encontre de ces pratiques, v. A. Morrone, « Suprematismo... », *op. cit.*, p. 274 et s.

9. Préoccupation manifestée par un juge constitutionnel à propos des initiatives dans les écoles : N. Zanon, Su alcune questioni e tendenze attuali

intorno alla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, tra forma e sostanza, in V. Marcenò, M. Losana, *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche"?*, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 2020, p. 21 et s., spéc. 24 ; v. aussi S. Pajno, « La Corte... », *op. cit.*

10. On a parlé à ce propos d'un véritable repositionnement dans le contexte institutionnel : D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020 ; T. Groppi, « Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni », *Federalismi*, n° 3/2021, p. 128.

11. V. en ce sens les nombreuses déclarations des présidents de la Cour. V. par ex. les propos de G. Amato : « Nous sommes partis il y a trois ans d'une réflexion élémentaire : comment est-il possible qu'une telle institution soit inconnue du plus grand nombre et ne parle pas aux personnes pour lesquelles elle travaille depuis le début de son histoire ? », Entretien paru sur *Il Venerdì. Supplemento de La Repubblica*, sous le titre « *Débout, sort la Cour* », 29 mars 2019.



12. L. Elia, « Intervento », in P. Pasquino, B. Randazzo (dir.), *Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)*, Milan, Giuffrè, 2009, p. 130.

13. R. Romboli, Communication introductive lors du séminaire de la revue *Quaderni Costituzionali*, à paraître in *Quaderni Costituzionali* n° 1/2023 ; A. Ruggeri, « Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta) », *Forum di Quaderni Costituzionali* n° 1/2023 ; G. Sobrino, « Genesi, forme e finalità », *op. cit.*, p. 90 et s., spéc. 96.

14. Ainsi se sont exprimés les anciens présidents de la Cour constitutionnelle M. Cartabia et G. Lattanzi dans les allocutions citées et, plus récemment, le juge F. Viganò dans sa communication introductive lors du séminaire de

Quaderni Costituzionali, à paraître in *Quaderni Costituzionali* n° 1/2023.

15. Nous l'avons déjà soutenu à propos de l'ouverture dans le procès (*Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs*, LGDJ, 2018, p. 311 et s.) et dans la communication (« La Cour constitutionnelle italienne et le public », *op. cit.*)

16. Une autre question qui mériterait d'être posée est de savoir si les cours constitutionnelles ne se retrouvent pas à se charger de cette mission pour pallier les

faillies du système : en ce sens, dans une perspective comparée, T. GROPPI, « Giurisdizioni... », *op. cit.* ; M. DE VISSER, « Promoting Constitutional Literacy: What Role for Courts? » *German Law Journal*, n° 23, 2022, p. 1121.

17. L'évolution du rôle de la Cour dans l'histoire républicaine a en effet déjà montré que, face à un régime politique stable, la Cour adopte une approche de *self-restraint*, dans le respect des relations et de l'équilibre entre les forces

politiques. Lorsque, en revanche, l'instabilité politique se traduit par une inertie institutionnelle, et notamment législative, elle s'octroie une plus large marge de manœuvre : A. SIMONCINI, « Corte e concezione della forma di governo », in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (dir.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, p. 239 et s. ; T. GROPPI, « La Corte e i poteri », *ibid.*, p. 924 et s.

18. Comme nous l'avons dit, une grande partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions, souligne le lien entre le renforcement de la communication publique de la Cour et son repositionnement dans le contexte institutionnel contemporain.

■ Réforme

La théorie des biens communs : l'interprétation italienne

La théorie des biens communs, longtemps cantonnée aux sciences économiques, a connu un développement soudain en droit italien au début du XXI^e siècle. La récente réforme de la Constitution du 11 février 2022, sans la reprendre ouvertement, pioche dans certains de ses éléments pour intégrer la protection de l'environnement aux articles 9 et

41. Patrimoine et intérêt des générations futures (art. 9 C.), finalités sociales et environnementales (art. 41 C.) sont des notions liées directement à la théorie des biens communs, du moins à la théorie italienne, d'une originalité certaine en comparaison des approches anglo-saxonne et française.

Comment les biens communs, parfois encore écrits sous la forme anglaise de *commons* en France et en Italie, ont-ils pu à ce point séduire les juristes italiens jusqu'à influencer les constituants ?

Leur séduction s'explique pour deux raisons : d'abord l'opportunité de la théorie, arrivée au moment où l'Italie découvre l'importance de la protection de l'environnement et l'usage potentiel du régime des biens communs dans ce domaine ; ensuite une ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, oubliée depuis les années 1930 mais qui se prête, elle aussi, parfaitement à la théorie. Bref, une sorte de familiarité, comme un vieux vêtement confortable que l'on retrouverait dans l'armoire et auquel il faudrait juste quelques ajustements pour le rendre à nouveau portable.

La théorie italienne des biens communs, interprétation libre de la théorie américaine des *commons*, prend forme à l'occasion de débats sur la réforme du Code civil (1). Elle est relancée par la Cour de cassation puis la Cour constitutionnelle (2), sur fond de remise en cause de notions aussi traditionnelles que celles du droit de propriété et de la place de l'État (3), avant d'arriver en douceur devant le constituant.

I. - DES COMMONS AMÉRICAINS AUX BENI COMUNI ITALIENS

Depuis que la théorie des *commons* a été redécouverte par la sociologue américaine Elinor Ostrom (prix Nobel d'économie en 2009) dans les années 1990, elle s'est étendue avec aisance en Italie.

Il faut dire que cette théorie revient de loin, après avoir été décrédibilisée en 1968 par Garrett Hardin. L'auteur de *la Tragédie des commons* l'avait ensevelie dans le cimetière des vieilles idéologies de gauche. Il lui semblait impossible qu'une communauté pût gérer durablement un bien appartenant à tous ses membres indistinctement (une *res communis*), l'égoïsme de chacun conduisant à en abuser jusqu'à l'épuisement de ses ressources. Hardin prenait l'exemple de terres agricoles sur lesquels des paysans anglais venaient faire paître leurs troupeaux au Moyen Âge. De son côté, Ostrom démontre la faisabilité des commons à partir d'études de cas modernes. Contrairement à la conclusion de Hardin, elle met en évidence l'existence d'un cadre normatif, les membres de la communauté s'imposant volontairement des règles d'autolimitation afin d'assurer la pérennité du bien.

La théorie a convaincu la commission Rodotà, mandatée en 2007 par décret du ministre de la Justice pour moderniser le Code civil. Il s'agissait de revoir la classification traditionnelle des biens publics et d'ajouter une catégorie *sui generis*, celle des biens communs (*beni comuni*). Elle devait s'appliquer aux éléments de la nature

tels que les forêts, la faune, la flore ou encore les glaciers. Les autres biens visés étaient archéologiques et culturels. Stefano Rodotà, juriste italien de renom et théoricien des commons, dirigeait la commission.

La révision du Code civil n'a pas eu lieu, le contexte politique ne s'y prêtait plus. La commission Rodotà avait été formée sous le gouvernement Prodi (au pouvoir de mai 2007 à mai 2008) et elle fut dissoute sous le quatrième gouvernement Berlusconi (revenu au pouvoir en juin 2008). Au contraire de ce qu'elle prévoyait, Silvio Berlusconi voulait faciliter la privatisation des biens publics. La commission connut plusieurs défections, dont celle de Stefano Rodotà lui-même. C'en était fini de son projet.

Le travail de la commission Rodotà consistait à redéfinir les biens publics en s'appuyant sur le critère de l'utilité fonctionnelle. Il devait y avoir trois catégories : les biens servant aux intérêts généraux fondamentaux (rattachés aux fonctions régaliennes, par exemple la justice), les biens sociaux (ils sont destinés à satisfaire les besoins liés aux droits civils et sociaux), les biens productifs. Les biens publics des deux premières catégories étaient inaliénables, ceux de la dernière catégorie pouvaient être cédés ou gérés par des moyens de droit privé.

Quant à la nouvelle catégorie des biens communs, elle pouvait être appliquée à des biens publics comme à des biens privés. La Commission ne cherchait pas à supprimer la propriété –publique ou privée – sur les biens concernés, elle s'intéressait uniquement à leur utilité. Les biens communs étaient pour cette raison définis comme des « choses qui expriment l'utilité fonctionnelle pour l'exercice des droits fondamentaux ainsi que pour le libre développement de la personne ». Un des objectifs était de garantir aux citoyens l'accès libre aux ressources naturelles, sans qu'une entreprise privée pût le restreindre pour des motifs économiques. La finalité de la notion fut reformulée, de manière sans doute plus claire et pratique, lors du référendum d'initiative populaire des 11 et 13 juin 2011 portant sur la reconnaissance de l'eau comme bien commun. L'application d'une telle qualification juridique aurait rendu impossible la gestion du service public hydrique par une entreprise privée. Les organisateurs du référendum cherchaient ainsi à préserver le service public d'une logique de rentabilité, susceptible de produire des hausses de prix discriminatoires pour les citoyens les plus vulnérables.

Le référendum a été approuvé par vingt-six millions d'électeurs. Il permit l'abrogation de l'article 23 bis de la loi n° 133 du 6 août 2008 autorisant les concessions du service public de l'eau aux entreprises privées.



Aujourd'hui, avec le recul de plus de dix ans, il ressort de l'ensemble des travaux de la commission Rodotà que son apport le plus innovateur ou, du moins, le plus percutant, a été la proposition d'instituer la catégorie juridique des biens communs. La doctrine et la gauche italiennes reprennent régulièrement l'idée, enrichie depuis par la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle. Cependant, les juridictions lui ont donné une teneur qui en complexifie le sens.

La Cour de cassation affirme que les bassins naturels de pêche sont des biens communs. Elle précise : « "commun" veut dire, indépendamment du titre de propriété, [que le bien est] instrumentalement lié à la réalisation des intérêts de tous les citoyens ».

II. - DES BENI COMUNI AU DROIT D'USAGE PUBLIC

En 2011 (arrêt n° 1465 du 14 février), la Cour de cassation applique la notion de bien commun telle qu'elle est définie par la commission Rodotà, cette définition étant désormais considérée par la doctrine comme « faisant partie du droit vivant italien » (R. A. ALBANESE, « Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela », *Questione Giustizia*, 2017). En l'espèce, la Cour se penche sur la question de l'accès libre de bassins naturels de pêche (dits « vallées de pêche ») dans une lagune de Venise. Le juge d'appel avait rejeté la demande portant sur la propriété des bassins naturels, sans que la notion de bien commun fût évoquée ni par la juridiction ni par les parties. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation recourt à la technique de l'*obiter dictum* (le juge fait une observation inutile pour la résolution du litige en cours mais importante *in abstracto*, dans le sens où elle contribue à clarifier une jurisprudence) afin de pouvoir introduire la théorie des communs dans sa décision.

La Cour de cassation affirme que les bassins naturels de pêche sont des biens communs. Elle précise : « "commun" veut dire, indépendamment du titre de propriété, [que le bien est] instrumentalement lié à la réalisation des intérêts de tous les citoyens ». Dans le cas d'espèce, ces bassins étaient rattachés à des terres achetées par une pisciculture, la province de Venise lui demandait de quitter les lieux en considérant que l'ensemble appartenait au domaine public. Dans le Code civil français, le domaine public est qualifié de « chose commune » (art. 714), ce n'est pas le cas en Italie. La Cour de cassation italienne, reprenant là encore l'interprétation de la commission Rodotà, établit par jurisprudence un régime proche de celui existant en France, mais en se fondant sur des bases théoriques distinctes.

L'originalité de la pensée développée par la commission Rodotà provient de l'absence de référence au droit de propriété. La distinction traditionnelle entre biens publics et biens privés, en Italie et en France, est fondée sur le critère de la propriété, dont on déduit le régime applicable.

Avec la nouvelle catégorie des biens publics proposée par la commission et encore plus avec sa catégorie des biens communs, le schéma habituel est renversé. Exit le critère de la propriété, seule compte l'utilité publique du bien : de son caractère d'intérêt général découle sa qualification de bien commun.

En empruntant la notion de bien commun à la commission Rodotà, la Cour de cassation a en réalité repris et modernisé une ancienne jurisprudence. Dans un arrêt datant du XIX^e siècle (9 mars 1887), la Cour de cassation de Rome (à l'époque, il en existait plusieurs en Italie) avait affirmé que la villa Borghèse, connue pour son magnifique parc dans lequel les Romains aimaient à se promener et par ailleurs propriété d'une riche famille aristocratique, était affectée d'un « droit d'usage public ». À l'époque, il n'était pas question de « bien commun » mais par son contenu, la notion de droit d'usage public s'en rapprochait, au point qu'il a suffi à la Cour, en 2011, de remplacer une expression par une autre sans rien changer du contenu.

En 1934 (arrêt n° 2722 du 4 juillet), la Cour de cassation – désormais unique – poursuit dans sa lancée en reconnaissant l'existence d'un droit d'action populaire au profit de toute personne invoquant la violation du droit d'usage public. L'adoption du Code civil en 1942 mettra un terme à cette jurisprudence.

La Cour constitutionnelle italienne, elle, n'a guère hésité à employer l'expression « bien commun », justement dans une décision de la riche année 2011 (n° 151 du 18 avril). Elle y affirme que ce qui importe en l'espèce n'est pas la protection du droit de propriété mais celle de l'environnement entendu comme « un bien commun pour la sauvegarde duquel il existe des règles inviolables à l'égard de tous, qu'on soit propriétaire du fonds ou non ». La Cour conclut : « la conservation d'espèces végétales déterminées, sur lesquels repose l'équilibre de l'écosystème, ne peut être subordonnée à la satisfaction d'intérêts particuliers ».

La Cour constitutionnelle aurait pu voir dans l'environnement un « patrimoine commun » à la manière française (Charte de l'env., art. 2, al. 5), l'expression semblant plus se prêter à une entité aussi abstraite que l'environnement. De fait, comment l'environnement pourrait-il être un « bien » au sens juridique du terme ? Ce n'est certes pas une « chose » matérielle ni même immatérielle. Pour comprendre le raisonnement de la Cour constitutionnelle, il faut garder à l'esprit qu'en droit italien, il existe la notion de « bien juridique protégé », désignant ce qui fait l'objet d'une protection juridictionnelle (code civ., art. 810). Il s'en suit que même une entité abstraite, dès lors qu'elle bénéficie d'une protection devant la Cour constitutionnelle, est susceptible d'être qualifiée de « bien », par exemple la santé, la culture, l'environnement.

Si la Cour constitutionnelle adopte une conception du bien commun différente de celle de la Cour de cassation, les deux hautes juridictions se rejoignent dans une approche italianisante qui les éloigne résolument de la théorie américaine.

III - DU DROIT D'USAGE PUBLIC À UNE RÉINTERPRÉTATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ ET ACCESSOIREMENT DE L'ÉTAT

À l'origine, la théorie des *commons*, telle qu'elle est décrite par Elinor Ostrom (photo ci-contre), se fonde sur une remise en cause de l'appropriation. Le bien commun n'appartient ni à une personne privée ni à l'État (ou toute autre personne publique) mais à la collectivité. Il est inappropriable par une seule personne du fait de son indivisibilité, contrairement par exemple à la *res nullius* qui, elle, désigne un bien n'appartenant à personne, mais pouvant être approprié.

Les conséquences de ces approches différentes se manifestent dans les modes de gestion autorisés. Selon la conception américaine, une *res communis*, du fait qu'elle appartient à une collectivité de manière indivisible, doit être gérée directement par celle-ci. Il n'y a pas de tiers intermédiaire. Selon la conception italienne, la question du titulaire de la propriété reste très vague. La *res communis* pourrait appartenir théoriquement à une personne publique ou même à une personne privée (en réalité, dans l'affaire des bassins naturels de la lagune de Venise, la propriétaire a été expropriée au profit de la province) car le bien est commun par son usage, non par sa propriété. La conséquence de cette qualification juridique est que le bien commun doit être géré par une personne publique, la gestion directe par la collectivité n'étant pas évoquée.

Le cœur de la théorie italienne repose sur cette spécificité de la gestion, révélant concrètement la limitation de la place accordée à la personne publique (État ou collectivité territoriale). Il eut été quand même plus simple, pour la



il suffisait d'ajouter un principe d'inaliénation. Au lieu d'une solution aussi classique, la commission Rodotà et la jurisprudence ont mis de côté la question de la propriété mais comme il faut s'assurer en même temps de l'utilité commune du bien, on demande à la personne publique de se charger de la gestion.

L'Italie, comme la France, a développé son droit public moderne (du XX^e siècle) sur le fondement de la personnalisation de l'État, vu comme une entité souveraine et toute puissante. L'Italie a toutefois connu une succession de déceptions envers les insuffisances de son État, quelle que soit sa forme : l'État libéral du XIX^e siècle, l'État fasciste des années vingt aux années trente, l'État Providence ensuite, chaque fois incapable de protéger son peuple. Ses insuffisances récurrentes peuvent faire douter de sa capacité à protéger le nouvel enjeu du XXI^e siècle, aussi fragile qu'il est précieux, à savoir l'environnement.

La théorie italienne des biens communs conduit à écarter l'État en tant que personne publique pour ne garder que l'État gestionnaire. Ce faisant, elle construit un objet juridique difficilement classable en ce qu'elle distingue dans un même bien la propriété, l'usage et la gestion, les trois éléments pouvant être attribués à trois personnes différentes. En voulant délimiter l'État propriétaire, on délimite le droit de propriété tout court. C'est là un des effets, parmi d'autres, de la portée fortement innovatrice du droit de l'environnement. On supposait qu'il entraînerait une rupture avec les concepts juridiques classiques en faisant naître de nouveaux questionnements, sur la personnalité juridique des éléments de la nature, leur caractère non monétaire, les devoirs à l'égard des générations futures, le principe responsabilité... La Charte constitutionnelle de l'environnement avait effectivement secoué les juristes français par l'apparition de principes jusqu'alors peu connus ; en Italie, la réforme du 11 février 2022, intégrant la protection de l'environnement dans la Constitution, pourrait produire les mêmes effets auprès des juristes transalpins. Dans ce climat innovateur, la théorie des biens communs a encore la possibilité d'évoluer et de marquer toujours plus loin l'originalité de la pensée italienne. ■ **Sylvie Schmitt**



commission Rodotà, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, de prévoir une expropriation des biens visés au profit de la personne publique. Si la crainte était le risque d'une cession de ces biens à des personnes privées,

■ Cour constitutionnelle

La « révolution tranquille » de la Cour constitutionnelle italienne

Si la possibilité de consulter des experts *via* la procédure de *l'amicus curiae* est la principale nouveauté introduite (v. notamment la contribution d'A.M. Lecis Cocco Ortu, cette revue, p. 7) devant la Cour constitutionnelle italienne, la Cour constitutionnelle opère une révolution tranquille avec une composition renouvelée (I) et une entrée dans l'ère de la communication dématérialisée (II).

I. - LE RENOUELEMENT TRANQUILLE DES JUGES ET DES PRÉSIDENTS

Alors qu'en France, la désignation des juges constitutionnels a été l'objet de vives controverses, en Italie, les juges ont été remplacés en toute quiétude. Depuis l'élection-éclair du juge constitutionnel Luca Antonini (photo) par l'Alliance gouvernementale entre le Mouvement 5 étoiles et le Ligue du Nord (v. notre contribution, « L'alliance gouvernementale fait élire le nouveau juge constitutionnel », *LLI*, n° 13/14, pp. 18-19), la Cour constitutionnelle n'a plus manqué de membres. On pourrait écrire que le renouvellement des membres de la Cour constitutionnelle se déroule sans accroc. Il faut dire que toutes les institutions - sauf le Parlement - ont été amenées à désigner des juges constitutionnels. Or, c'est au Parlement que le choix des juges est le plus souvent difficile. Sans surprise, les juges de la Cour de cassation ont désigné d'anciens Présidents de chambres, les juges du Conseil d'État ont désigné un ancien Président du Conseil d'État, les juges de la Cour des comptes ont désigné l'ancien Président de la Cour des comptes et le Président a désigné des universitaires...

Six nouveaux juges constitutionnels ont fait leur entrée au *Palazzo della Consulta* depuis 2019 soit quatre anciens magistrats à savoir Stefano Petiti, Angelo Buscema, Maria Rosaria San Giorgio, Filippo Patroni Griffi et deux universitaires avec Emanuela Navarretta, et Marco

D'Alberti (pour les portraits de ces juges, v. M. BARDIN, « La vie de la Cour constitutionnelle », *Chronique Italie*, *AJIC*, XXXIV-2019, 2020, 2022).

Notons que seulement deux femmes ont rejoint les rangs des juges constitutionnels. La parité n'est donc pas un critère de désignation à la Cour constitutionnelle !



La pluridisciplinarité juridique reste la marque de fabrique de la Cour constitutionnelle. Ainsi avec les juges Filippo Patroni Griffi (ancien Président du Conseil d'État) et Marco D'Alberti (ancien professeur de droit administratif), la Cour compte avec deux administrativistes de plus (Daria De Pretis est également un ancien professeur de droit administratif). Avec l'arrivée de Stefano Petiti, Emanuela Navarretta et Maria Rosaria San Giorgio, c'est le droit privé qui est réintroduit à la *Consulta*. Ils viennent s'ajouter à Giovanni Amoroso (ancien président de section de la Cour de cassation). Les constitutionnalistes étaient déjà bien représentés avec Nicolò Zanon, Franco Modugno, Augusto Antonio Barbera et Luca Antonini. Notons la présence d'un pénaliste (Francesco Viganò, professeur) et de deux anciens professeurs de droit du travail (Silvana Sciarra et Giulio Prosperetti).

La fin du mandat des juges coïncide également avec la rotation des Présidents et des vice-présidents. La Cour constitutionnelle a connu six présidences de 2019 à 2022.

Après une présidence de plus d'un an, Giorgio Lattanzi (qui avait été élu avec 12 voix sur 13, le 18 mars 2018) laissait sa place le 11 décembre 2019 à Marta Cartabia, première Présidente de la Cour constitutionnelle. Élu à l'unanimité (14 voix, elle s'est abstenue), l'illustre professeur de droit constitutionnel a occupé les fonctions de Président jusqu'au 13 septembre 2020. Restée elle-même plus d'une année, elle était remplacée par Mario Rosario Morelli qui est resté en fonction moins de deux mois. Élu par 9 voix contre 1 pour Giuliano Amato et 5 pour Giancarlo Coraggio, il exercera l'une des présidences les plus brèves de l'histoire de la Cour constitutionnelle. Lui succédera Giancarlo Coraggio pour une présidence courant du 18 décembre 2020 au 28 janvier 2022. Giancarlo Coraggio avait été élu à l'unanimité. Il était remplacé par Giuliano Amato dont le mandat prenait fin le 18 septembre 2022, après 9 ans en fonction et une présidence de quelques mois (du 29 janvier au 18 septembre 2022).

Le 20 septembre 2022, c'est Silvana Sciarra, la première femme désignée par le Parlement qui est élue Présidente de la Cour constitutionnelle, s'inscrivant dans les pas de Marta Cartabia. Sa Présidence durera jusqu'au 11 novembre 2023, date à laquelle son mandat prendra fin.

Giorgio Lattanzi avait initié une nouvelle pratique de la vice-présidence en ayant désigné trois vice-présidents en les personnes de Marta Cartabia, Aldo Carosi et Mario Rosario Morelli. Cette pratique sera réitérée par le Président Amato qui désignait à son tour trois vice-présidents (Silvana Sciarra, Daria de Pretis et Nicolò Zanon). Cette pratique ne fut pas suivie par Marta Cartabia, qui renouvelait les vice-présidents en fonction (Aldo Carosi et Mario Rosario Morelli). Son successeur, Mario Rosario Morelli désignait, quant à lui, comme vice-

présidents les deux juges qui avaient recueilli des suffrages pour la présidence face à lui à savoir Giancarlo Corragio et Giuliano Amato et qui lui succéderont respectivement à la Présidence de la Cour constitutionnelle. Giancarlo Corragio s'est, quant à lui, contenté d'un seul vice-président en la personne du juge Giuliano Amato. Enfin, Daria de Pretis et Nicolo Zanon ont été désignés par Silvana Sciarra en tant que vice-présidents, les renouvelant dans leurs fonctions. L'un d'eux sera certainement le prochain président de la Cour constitutionnelle mais ils ne le seront pas tous les deux, puisque leurs mandats prendront fin exactement à la même date. Cette fluctuation du nombre des vice-présidents laisse le scrutateur de la Cour constitutionnelle pantois : quel est finalement le rôle du vice-président, sinon honorifique ?

II. - L'ENTRÉE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DANS LE MONDE DE LA COMMUNICATION DÉMATÉRIALISÉE

La Cour constitutionnelle a procédé ces dernières années à un renouvellement de la communication avec le public, mais elle a également adapté sa saisine puisque cette dernière se réalise désormais par voie dématérialisée.

La Cour constitutionnelle modernise sa communication. Elle opère ce que Michaël Bardin a appelé une « mue communicationnelle » (M.BARDIN, « La vie de la Cour constitutionnelle », *AJJC*, XXXVI-2020, 2021, p.1028-1029). La Cour constitutionnelle doit être perçue comme accessible. Après la rénovation du site internet, qui met notamment l'accent sur une nouvelle stratégie de communication, la multiplication des rencontres des juges avec le public, la Cour constitutionnelle s'est lancée sur twitter... La vie de la Cour

constitutionnelle est désormais disponible *via* des applications spécialement créées sur *apple* et *android*. La Cour constitutionnelle est omniprésente sur la scène médiatique politique et juridique. La *Consulta* met un point d'honneur à publier régulièrement des podcasts. Elle diffuse aussi des reportages des nombreux déplacements réalisés par les juges (dans les écoles, dans les prisons...). Le développement et la recherche de relations étroites avec le public de la Cour constitutionnelle résonnent comme une volonté de contrebalancer la diversification de ses pouvoirs dans la prise de



décisions sur des sujets controversés (par exemple les décisions sur le cas *Cappato*). Ainsi, l'ouverture à la société par la communication s'insère dans cette dynamique de recherche d'une nouvelle légitimité qui vient compléter le recours à des avis extérieurs, voire scientifiques, par le recours à la pratique des *amici curiae*.

Par ailleurs, la saisine de la Cour constitutionnelle se réalise désormais par voie dématérialisée. Depuis le 3 décembre 2021, selon le règlement relatif au jugement devant la Cour constitutionnelle, modifié par la délibération du 22 juillet 2021, la saisine de la *Consulta* et la communication doivent désormais être réalisées par voie dématérialisée via la plateforme digitale E-COST spécialement dédiée à cet effet. Si la communication par voie dématérialisée n'est pas étrangère à la

Cour constitutionnelle (depuis quelques années, les ordonnances de renvoi sont reçues par voie informatique ou encore les décisions sont envoyées à la *Gazetta Ufficiale* par voie informatique), la communication des actes du procès constitutionnel par voie dématérialisée pendant la crise sanitaire en s'appuyant sur l'expérience du *processo amministrativo telematico*, a servi de période d'expérimentation (v. notre contribution, « La recevabilité de la saisine dématérialisée et le renvoi de l'affaire à un nouveau rôle (retour sur les ordonnances n° 242 et n° 243) », *AJJC*, vol. 2020, pp. 1037-1038). Cependant, dématérialiser l'ensemble des contentieux constitutionnels n'était pas une mince affaire car chacun répond à des délais et des procédures différents. Pourtant, les juges constitutionnels ont franchi le cap de la digitalisation et le *Processo costituzionale telematico* est né (M. BARDIN, « La modernisation du procès constitutionnel avec le lancement de la plateforme e-Cost » in *La vie de la Cour constitutionnelle*, Chronique Italie, *AJJC*, XXXV-2020, 2021, p. 718). Quel que soit le recours devant la *Consulta*, la saisine se réalise par voie dématérialisée : transmission de l'ordonnance de renvoi (art. 1), constitution des parties (art. 3) ou encore les différentes interventions (art. 4, 5 et 6), la communication des documents et les actes du juge...). Les délais dans lesquels les actes doivent être réalisés ne sont pas modifiés. Le décret du Président de la Cour constitutionnelle du 28 octobre fixe les modalités techniques du recours à E-COST. Pour accéder au service, il faut disposer d'une adresse PEC (*posta elettronica certificata*), d'un identifiant et d'un mot de passe. L'avenir nous dira si la saisine par voie dématérialisée permet d'accélérer le traitement des affaires devant la Cour constitutionnelle. ■ **Céline Maillafet**

■ **Parlement**

La réduction du nombre des parlementaires : beaucoup de bruit pour rien ?

Le référendum constitutionnel conduisant à l'approbation de la loi constitutionnelle n. 214-515-805-B du 12 octobre 2019 a finalement eu lieu les 20 et 21 septembre 2020, quelques mois après la date initialement prévue du 29 mars 2020 en raison de la crise sanitaire liée à la Covid-19. Les électeurs se sont donc prononcés en faveur de la réduction du nombre des parlementaires, de 945 à 600 pour les deux chambres, avec une majorité de 69,96 % contre 30,04 %. Ainsi, en Italie, le nombre de députés passe de 630 à 400 et le nombre de sénateurs de 315 à 200. Ce référendum a également conduit à introduire dans le texte constitutionnel une limite, fixée à cinq, du nombre de sénateurs à vie.

Cette loi constitutionnelle a été promulguée par le Président de la République le 19 octobre 2020 toutefois, conformément à son article 4, l'effectivité de la réduction du nombre de parlementaires n'a pas été liée à l'entrée en vigueur, 15 jours après la publication sur la *Gazzetta Ufficiale*, de cette loi, mais à la première dissolution du Parlement ou à la fin de la législature (sans possibilité d'intervenir, en tout cas, avant 60 jours à compter de l'entrée en vigueur de ce texte).

Le législateur n'a donc pas souhaité prévoir une dissolution anticipée du Parlement afin de pouvoir appliquer immédiatement cette révision constitutionnelle et cette réduction deviendra donc effective à la suite des élections législatives du 25 septembre 2022.

Pour la *Repubblica* il s'agit du quatrième référendum constitutionnel et du seul référendum découlant d'une proposition issue du Parlement soutenue également par des forces politiques ne faisant pas partie de la majorité parlementaire.

Nous pouvons rappeler qu'à l'origine cette révision s'insérait dans un ensemble plus vaste de réformes des institutions italiennes, n'ayant pas abouti en raison de multiples vicissitudes d'ordre politique. En effet, la réduction du nombre des parlementaires avait été proposée par le gouvernement dirigé par Giuseppe Conte à la suite des élections législatives du 4 mai 2018, en tant que promesse électorale du Mouvement 5 Étoiles, parti populiste soutenu par un électorat plutôt centriste. Le nouveau gouvernement était en effet le fruit d'une coalition alliant le Mouvement 5 Étoiles et la Ligue, parti d'extrême droite dirigé par Matteo Salvini. Ce premier gouvernement

dénommé « Conte I » est resté en place jusqu'au 5 septembre 2019, à cause de la crise gouvernementale déclenchée par la Ligue et qui a conduit à la formation d'une nouvelle coalition réunissant le Parti Démocrate (PD), de centre gauche, le Mouvement 5 Étoiles et le parti Italia Viva, créé par Matteo Renzi après sa sortie du PD, ainsi qu'au gouvernement « Conte II ».

Le référendum a été précédé par un vote favorable au sein du Parlement, avec un accord quasiment sans réserve de la part de la Chambre des députés (553 voix favorables), sans toutefois obtenir la majorité qualifiée des deux tiers au Sénat. Cela a permis de soumettre la révision au référendum constitutionnel sans quorum de participation

prévu par l'article 138 de la Constitution, selon lequel la loi peut être soumise à référendum à la suite d'une demande formulée par un cinquième des membres de l'une des deux chambres du Parlement (du Sénat dans ce cas), de 500.000 électeurs ou de cinq conseils régionaux dans les trois mois suivant la publication de cette loi dans le Journal officiel.

L'*iter* de cette révision a été accompagné par de longs débats, qui ont animé les

échanges politiques bien évidemment, mais aussi les discussions doctrinales, conduisant à des prises de position très nettes de la part de nombreux constitutionnalistes comme ce fut rarement le cas auparavant. Après ce vote nous pouvons nous demander quelle semble être en définitive la portée de cette révision constitutionnelle : a-t-elle fait beaucoup de bruit pour rien ? Nous allons voir qu'effectivement il s'agit d'une révision isolée, envisagée à plusieurs reprises dans le passé, ayant un impact très limité (I). Toutefois cette révision est également insuffisante et elle appelle à d'autres réformes (II).

I. - UNE RÉVISION INDÉNIABLEMENT LIMITÉE

La révision constitutionnelle de septembre 2020, déjà envisagée de nombreuses fois dans le passé (A), n'a pas de réelles conséquences subversives sur le système parlementaire italien (B).

A. - Une réduction déjà envisagée dans le passé

La question du nombre de parlementaires avait fait l'objet de débats au sein de l'Assemblée constituante, avec d'un côté des propositions visant à établir un nombre fixe de députés et la volonté de lier le nombre de députés au

(...) à l'origine cette révision s'insérait dans un ensemble plus vaste de réformes des institutions italiennes, n'ayant pas abouti en raison de multiples vicissitudes d'ordre politique.

nombre d'électeurs de l'autre. Au final, cette dernière orientation avait été privilégiée avec la décision d'élire un député pour 80.000 habitants et un sénateur pour 200.000 habitants, le nombre fixe de 630 députés et 315 sénateurs ayant été prévus seulement dans un deuxième temps avec la révision constitutionnelle de 1963. Par la suite la réduction du nombre de parlementaires avait été proposée à plusieurs reprises par les membres de la commission parlementaire bicamérale pour les réformes constitutionnelles (v. entre autres A. PERTICI, « La riduzione del numero dei parlamentari: la lunga ricerca del numero perfetto tra rischi e opportunità » et I. A. NICOTRA, « La riduzione del numero dei parlamentari: un'opportunità per il rilancio della rappresentanza », *Federalismi.it*, 9 septembre 2020).

Notamment la commission Bozzi de 1983-1985 avait proposé une réduction du nombre des parlementaires, en envisageant soit une réduction à 514 députés et 282 sénateurs, soit à 480 députés et 240 sénateurs, alors que la commission De Mita-Iotti de 1993-1994 avait proposé une réduction à 400 députés et 200 sénateurs. L'échec de ces deux projets avait été déterminé par un soutien insuffisant des forces politiques dans le premier cas et par la dissolution du Parlement dans le deuxième. Par la suite, la commission D'Alema de 1997 avait repris la réduction à 400 députés et 200 sénateurs, en intégrant dans la chambre haute les représentants des Régions et des collectivités locales et en abolissant les sénateurs à vie, exception faite pour les anciens Présidents de la République. De plus, en 2006, la réforme présentée par le gouvernement Berlusconi et rejetée par le référendum constitutionnel proposait elle aussi une réduction du nombre des parlementaires, avec la prévision d'une réduction à 518 députés et 252 sénateurs.

Plus récemment pendant la XVII^e législature, allant de mars 2013 à mars 2018, le groupe de travail sur les réformes institutionnelles créé par le Président de la République Giorgio Napolitano avait formulé plusieurs propositions visant à dépasser la crise politique et sociale de la République italienne en renforçant le rôle du Parlement par une réduction de ses membres, en envisageant une Chambre composée de 480 députés et un Sénat ayant un nombre de sénateurs non inférieur à 150 et non supérieur à 200. L'idée de redimensionner le Parlement avait également obtenu l'appui de la commission d'experts nommée par le Président du Conseil des ministres Enrico Letta en juin 2013.

Enfin, en 2016, le Parlement avait voté le projet de loi constitutionnelle voulu par le gouvernement de centre-gauche dirigé par Matteo Renzi, conduisant au dépassement du bicaméralisme parfait, avec une modification des compétences du Sénat et de la répartition des compétences entre l'État et les Régions italiennes, ainsi que la réduction du nombre de parlementaires avec un Sénat composé de 100 membres (74 choisis par les conseils

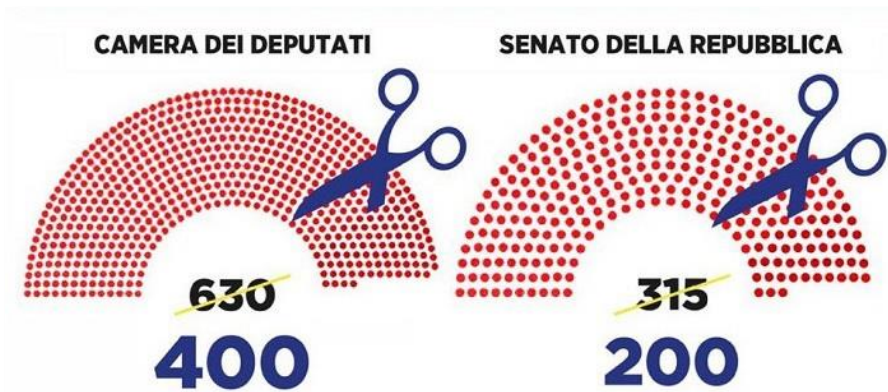
régionaux, 21 choisis parmi les maires et 5 nommés par le Président de la République). Le rejet référendaire de ce projet avait d'ailleurs conduit à la démission de Matteo Renzi et de son gouvernement cette même année.

Le Mouvement 5 Étoiles, entré au Parlement pour la première fois en 2013 s'est approprié de cette proposition, laquelle s'insérait assez logiquement dans le cadre d'une ligne politique méfiante à l'égard de la démocratie représentative. Ainsi la réduction du nombre des parlementaires a été promue par le Mouvement 5 Étoiles se proposant comme la seule formation politique s'opposant aux élites politiques, coupables de ne pas écouter le peuple. Ainsi cette réforme a pris la valeur d'une sanction à l'égard de ces dernières, tout en étant également présentée comme un moyen de faire des économies sur les « coûts de la politique ». La proposition faite par le Mouvement 5 Étoiles, qui s'insérait à l'origine dans un projet plus vaste visant à favoriser la participation directe des électeurs par rapport aux instruments traditionnels de la démocratie participative, est finalement restée isolée tout en ralliant entre temps la majorité des autres partis politiques.

B. - Des répercussions immédiates réduites

Comme déjà indiqué, l'apport de la révision constitutionnelle ici étudiée est double, puisque celle-ci conduit à réduire le nombre de parlementaires, ainsi qu'au plafonnement à cinq du nombre de sénateurs à vie nommés par le Président de la République pouvant siéger au même temps au sein de la Chambre haute (v. entre autres L. MAZZAROLLI, « Le ragioni del "no" al referendum ex art. 138 Cost. del 20 e 21 settembre 2020, esposte da chi, pur senza grandi entusiasmi, ha deciso di votare "sì" », *Federalismi.it*, 9 septembre 2020).

Tout d'abord, par rapport à ce dernier élément, nous devons souligner que la modification de l'article 57 de la *Costituzione* conduit à consacrer une pratique ainsi qu'une



interprétation du texte constitutionnel désormais consolidée. En effet, cet article indique que le Président de la République peut nommer cinq sénateurs à vie, sans préciser si ce pouvoir de nomination est réservé à chaque Président ou alors si cela revient à l'institution, ce qui ne permettrait pas d'avoir simultanément plus que cinq sénateurs à vie de nomination présidentielle. Cette dernière interprétation, la seule compatible avec la nécessité de ne pas voir augmenter de manière aléatoire le nombre et

l'influence des sénateurs à vie au sein du Sénat, a été presque toujours retenue.

En effet, seulement deux Présidents n'ont pas respecté cette limite, à savoir Sandro Pertini et Francesco Cossiga, en optant pour une interprétation « personnelle ». Plus précisément, le premier avait nommé deux sénateurs en portant à sept le nombre de sénateurs à vie siégeant en même temps au Sénat à la suite d'une nomination présidentielle, auxquels s'ajoutaient deux anciens Présidents de la République. Le deuxième, de son côté, en avait nommé cinq entre les mois de mai et juin 1991, alors que cinq siégeaient déjà au Sénat (à savoir un ancien Président ainsi que quatre sénateurs nommés) en faisant grimper le nombre de sénateurs à vie à dix, auxquels M. Cossiga s'ajouta à la suite de sa démission. Cette anomalie au sein du Sénat a perduré pendant 18 ans, jusqu'en juin 2001.

Ensuite, quant à la diminution du nombre de parlementaires, nous pouvons rappeler qu'une partie de la doctrine italienne s'est érigée contre cette réforme, en soulignant que l'affaiblissement de la représentativité du Parlement présenterait un risque pour la démocratie en Italie. Il faut effectivement constater que la réduction du nombre de parlementaires ne peut qu'engendrer l'augmentation de l'écart quantitatif entre les citoyens et les élus, par l'élimination de 36,5% des représentants au niveau national ; cela conduit donc à passer d'un député pour 95.000 habitants à un député pour 150.000 habitants pour la Chambre des députés.

Or, la question de la représentativité a donné lieu à de nombreux débats au sein de la doctrine et à des évaluations très variées en raison de la présence de définitions différentes de la représentation nationale, ainsi qu'à cause du fait que la plupart des parlements bicaméraux ont le plus souvent une seule chambre élue directement par les citoyens. Si l'on compare la nouvelle situation italienne avec celle d'autres États où les représentants de la chambre basse sont élus directement par le peuple et avec un nombre d'habitants au moins égal à celui de l'Italie, il faut admettre que la représentativité de la démocratie italienne ne semble pas menacée. En effet au Royaume-Uni le rapport est d'un député pour 103.000 habitants, en France d'un député pour 116.000, en Allemagne d'un député pour 117.000 et en Espagne d'un député pour 134.000, sachant d'ailleurs que les sénateurs italiens sont eux aussi élus au suffrage universel direct, avec une représentativité qui passe désormais d'un sénateur pour 150000 habitants à un sénateur pour 300.000 habitants (A. PERTICI, « La riduzione del numero... », précit. ; L. MAZZAROLLI, « Le ragioni del "no"... », précit.).

Toutefois nous devons souligner que cette révision aura un impact supérieur du point de vue des Régions, puisque la révision constitutionnelle pourrait altérer la représentation territoriale entre celles-ci. La diminution à 192 sénateurs élus conduira onze Régions à ne pas pouvoir élire plus que six sénateurs et neuf Régions à ne pas pouvoir élire plus que 10 députés selon les dispositions de la loi électorale aujourd'hui en vigueur. Or, il est clair que la diminution du nombre de représentants par Région risque de conduire à un affaiblissement de la représentativité des territoires plus petits et avec moins d'habitants.

(...) la question de la représentativité a donné lieu à de nombreux débats au sein de la doctrine et à des évaluations très variées en raison de la présence de définitions différentes de la représentation nationale, ainsi qu'à cause du fait que la plupart des parlements bicaméraux ont le plus souvent une seule chambre élue directement par les citoyens.

En outre, quant au Sénat, le nouveau texte de l'article 57 de la Constitution indique qu'aucune Région ou Province autonome ne peut avoir un nombre de sénateurs inférieur à trois, exception faite pour le Molise qui en aura deux et la Vallée d'Aoste qui en aura un. Or, sachant qu'il y a seulement deux Provinces autonomes, à savoir Trente et Bolzano, et que ces dernières se situent dans la Région à autonomie spéciale du Trentin-Haut-Adige, cela signifie que cette Région aura six sénateurs. Autrement dit, sans l'adoption d'autres mesures correctives, la révision constitutionnelle conduit à une surreprésentation de cette Région, ayant un peu plus qu'un million d'habitants, par rapport aux autres et notamment à des Régions bien plus peuplées.

II. - UNE RÉVISION INSUFFISANTE

La révision constitutionnelle en question risque cependant de ne pas avoir de véritables effets positifs sur les problèmes chroniques du parlementarisme italien (A) et elle appelle à de nouvelles réformes (B).

A. - Des problèmes inchangés

De manière clairement démagogique, la révision a été présentée comme un moyen pour faire des économies. Or, en réalité, les économies envisagées ne sont pas significatives, même si elles varient selon la méthode de calcul utilisée, par rapport aux coûts du Parlement et aux dépenses publiques au sens plus large. Ainsi, puisque les coûts de fonctionnement de cette institution sont largement indépendants du nombre de parlementaires, les économies devraient se situer autour de 57 millions d'euros par an selon l'Observatoire des comptes publics italiens.

Toutefois la véritable faiblesse de cette révision se situe dans le peu d'effets positifs qu'elle va avoir sur les problèmes chroniques du parlementarisme italien, lesquels dépendent tout d'abord de la coexistence de deux chambres ayant les mêmes prérogatives. En effet, le parlementarisme bicaméral avec un bicaméralisme parfait est ce qui conduit la Chambre des députés et le Sénat à être sur un pied d'égalité dans l'exercice de prérogatives telles le vote de la loi et le vote d'une motion de censure à l'encontre du

gouvernement. Cette situation ralentit la mise en œuvre de la procédure législative et produit une grande instabilité de l'exécutif, bien connue et commentée par les constitutionnalistes italiens, conduisant depuis 1948 à l'alternance de 67 gouvernements, souvent de coalition, à la stabilité très incertaine. La révision en question n'est pas insérée dans un plus vaste plan de réforme, permettant de résoudre les problèmes bien connus du bicaméralisme italien, en différenciant les compétences et le fonctionnement de la Chambres des députés et du Sénat.

De plus nous pouvons rappeler que l'exécutif est instable également en raison de la présence d'un nombre élevé de petits partis politiques, conduisant à une fragmentation politique du Parlement. Si la réduction du nombre des parlementaires pourrait contribuer à réduire la représentation des petits partis, il faudrait pour cela modifier la loi électorale afin de favoriser la présence de majorités plus stables. D'ailleurs, par rapport aux partis politiques, nous devons souligner le rôle très important des directions centrales de ces derniers en raison d'une série de lois électorales qui prévoient des règles, tel le mécanisme des listes bloquées, qui défavorisent la représentativité comme indiqué par la Cour constitutionnelle dans ses décisions n. 1/2014 et n. 35/2017. La révision en question risque de renforcer davantage ces directions centrales face aux représentations territoriales des partis politiques, en éloignant encore un peu plus le choix des candidats et des politiques à mener des électeurs.

Perdure ainsi l'un des éléments pouvant être à l'origine de la crise de la représentation en raison d'un sentiment d'exclusion d'une partie des électeurs. En effet, comme déjà indiqué, cette révision a été présentée comme une forme de sanction à l'encontre des élites politiques. Ces dernières bénéficient depuis des années d'une faible crédibilité, les parlementaires sont ainsi considérés comme étant des privilégiés plus concernés par la défense des leurs propres intérêts que par les débats parlementaires. Or, il n'est pas clair comment cette révision pourrait rapprocher élus et électeurs en atténuant ce sentiment d'anti-parlementarisme.

De plus, avec cette révision diminue la capacité de l'électeur d'influencer le résultat de l'élection, en raison de l'augmentation du « coût » des sièges, conduisant ainsi à la diminution du poids électoral des électeurs.

Si l'exécutif apparaît donc instable, cela ne correspond pas à une montée en puissance du Parlement, lequel au contraire s'est souvent retrouvé en position de faiblesse face à un exécutif imposant sa volonté par une utilisation trop fréquente des décrets et de la question de confiance. La révision en question n'apporte pas de réponse à ce problème, manque toute mesure apte à rationaliser le parlementarisme, ni d'ailleurs à renforcer les instruments de démocratie directe.

Il s'agit ainsi d'une révision ponctuelle, qui ne s'insère pas dans un plus grand plan de réforme des institutions parlementaires italiennes et qui aura besoin de l'adoption de mesures « correctives » pour le bon déroulement de sont entrée en vigueur.

B. - Des nouvelles réformes en cours

À la suite de l'adoption de la révision constitutionnelle en question, il a paru nécessaire de prévoir un certain nombre de réformes dans le but de garantir le bon fonctionnement du Parlement. Certaines de ces réformes sont des aménagements indispensables, d'autres des changements souhaitables (v. entre autres N. LUPU, « Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale », *Federalismi.it*, 21 octobre 2020 ; C. TUCCIARELLI, « Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari », *Osservatoriosullefonti.it* n. 1/2020).

Parmi les aménagements indispensables, nous retrouvons tout d'abord la réorganisation des collèges électoraux, afin de dépasser la base régionale pour l'élection du Sénat et envisager des circonscriptions plurirégionales permettant de rééquilibrer la représentation territoriale. En ce sens, la loi n. 51 du 27 mai 2019 contient un mécanisme activé par l'entrée en vigueur de la révision



constitutionnelle et prévu pour le cas de l'adoption de cette dernière dans le délai de 24 mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 2019. Cela conduit à une mise en adéquation des collèges électoraux proportionnelle au nouveau nombre de parlementaires, en prévoyant également une délégation, à mettre en œuvre dans un délai de 60 jours après l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle, permettant l'adoption d'un décret législatif définissant les collèges électoraux de type uninominal et plurinominal. Ce mécanisme a été mis en œuvre par le décret législatif n. 177 du 23 décembre 2020, prévoyant de nouveaux collèges électoraux de type uninominal et plurinominal.

La réduction du nombre de parlementaires doit également conduire à la réforme des règlements internes au Parlement visant notamment à modifier le nombre minimum de membres siégeant dans les commissions parlementaires. Cette réforme a donné lieu à de longs travaux qui se sont achevés en juillet 2022 pour le Sénat et qui sont toujours en cours à la Chambre des députés, ce qui signifie que celle-ci commencera la nouvelle législature sans réforme de son règlement. Ce retard pourrait entraver le bon fonctionnement de la Chambre des députés dans un premier temps, car la réduction du nombre des parlementaires pose la question de la réorganisation des commissions parlementaires, lesquelles doivent refléter la composition des groupes parlementaires. En effet, selon les règlements parlementaires en vigueur au moment du référendum, les parlementaires peuvent siéger dans une seule commission permanente, exception faite pour le parlementaire qui devrait remplacer un collègue désigné pour devenir membre du gouvernement et qui pourrait donc siéger dans plusieurs commissions. Seul le règlement du Sénat avait également prévu la possibilité de désigner un seul sénateur pour trois commissions pour les groupes parlementaires composés d'un nombre de sénateurs inférieur au nombre de commissions, à savoir 14. Or, un tel cadre réglementaire ne permettrait pas à certains groupes politiques d'avoir un nombre suffisant de parlementaires afin d'être représentés dans chaque commission. Il faudrait donc soit réduire le nombre de commissions, en fusionnant certaines (c'est le choix fait lors de la réforme du règlement du Sénat avec la fusion de certaines commissions, passées de 14 à 10), soit faciliter la participation des parlementaires à plusieurs commissions afin de ne pas avoir des commissions trop réduites. Toutefois, dans ce dernier cas, il faudrait s'abstenir de convoquer simultanément plusieurs commissions afin d'éviter le « parlementaire Tarzan » obligé de se déplacer constamment entre plusieurs commissions siégeant en même temps. Afin d'éviter cette difficulté, le nouveau règlement du Sénat prévoit la coordination du calendrier des réunions par les présidents de commissions afin de permettre aux sénateurs

appartenant à plusieurs commissions de participer aux travaux. D'ailleurs, nous pouvons rappeler qu'il a été également prévu que l'activité des commissions pourra également se dérouler parallèlement aux sessions du Sénat sauf au moment des votes.

Est ensuite nécessaire la réduction du nombre minimum de parlementaires exigé pour constituer un groupe politique par les règlements en vigueur au moment du référendum, à savoir à 20 députés et 10 sénateurs liés à un parti politique ayant participé aux élections, avec des exceptions pour les minorités linguistiques. Idéalement cette réduction aurait dû être faite en prenant en compte que l'évolution, plus que souhaitable, de la loi électorale, car celle-ci aurait pu empiéter sur la possibilité pour les partis minoritaires de créer un groupe politique sans que leurs élus soient systématiquement obligés de s'inscrire au sein du groupe mixte, mais cette autre réforme n'a pas été menée. Ainsi, selon le nouveau règlement du Sénat le seuil minimum d'adhérents pour constituer un groupe autonome passe de 10 à 6 sénateurs en début de législature, alors qu'il est de 9 sénateurs pour les groupes politiques qui naissent en cours de législature. De plus a été introduit le statut de « sénateur

non inscrit dans les groupes parlementaires », précédemment réservé aux sénateurs à vie, accompagné d'autres dispositions régissant le changement de groupe politique par les sénateurs.

D'ailleurs il serait également souhaitable de réduire le nombre minimum pour activer certaines procédures parlementaires, prévu par les règlements en tenant compte de l'ancien nombre de députés et de sénateurs, afin de continuer à garantir les minorités parlementaires. Enfin, il serait envisageable de modifier le nombre de membres prévu pour

La réduction du nombre de parlementaires doit également conduire à la réforme des règlements internes au Parlement visant notamment à modifier le nombre minimum de membres siégeant dans les commissions parlementaires.

certaines organes du Parlement tel le bureau de la présidence des deux chambres, mais cela n'apparaît pas comme étant nécessaire.

Parmi les aménagements souhaitables, nous retrouvons ensuite la question relative à la loi électorale. Or, la modification de la loi électorale, si elle n'est pas une nécessité imposée par la révision constitutionnelle, reste une véritable exigence pour l'équilibre du système. L'actuelle loi électorale, ayant fait l'objet de nombreuses critiques depuis son entrée en vigueur, a également été censurée par la Cour constitutionnelle en raison de la mise en place de listes très longues de candidats, ne permettant pas aux électeurs de connaître et d'évaluer véritablement les candidats. Cela laisse *de facto* la désignation des candidats dans les mains des directions centrales des partis politiques, par le biais d'un classement, l'électeur ne pouvant qu'exprimer au final son appui à un parti politique. Malheureusement la refonte de la loi électorale ne s'est pas concrétisée à temps pour les élections législatives du 25 septembre 2022.

Nous devons rappeler en outre que la réduction du nombre des parlementaires aura également un impact sur la procédure d'élection du Président de la République, laquelle prévoit la participation des parlementaires ainsi que de 58 délégués régionaux. Or, le poids de ces derniers dans le choix du Président ne pourra qu'augmenter vis-à-vis de celui des parlementaires, raison pour laquelle le Parlement italien est déjà en train d'examiner une proposition de loi constitutionnelle visant à rééquilibrer l'importance des uns et des autres, avec une réduction du nombre de délégués régionaux. Il a été proposé de réduire le nombre de délégués régionaux à 39, avec de nouvelles difficultés pour les conseils régionaux dans la représentation équilibrée de la majorité et des minorités, ce

qui conduira soit à ne pas représenter les minorités soit à surreprésenter ces dernières. Toutefois cette proposition n'a pas été adoptée et la réélection du Président Mattarella en janvier 2022 a laissé un peu plus de temps pour la recherche d'un nouvel équilibre.

Enfin, nous pouvons rappeler que le Parlement a voté une modification des règles relatives à l'élection du Sénat, dans le cadre de la loi constitutionnelle n. 1/2021, qui a eu pour effet d'abaisser l'âge du droit de vote de 25 à 18 ans. Ainsi pour la première fois le 25 septembre 2022 les jeunes âgées de 18 à 25 ans ont pu voter pour l'élection du Sénat italien. ■ **Federica Rassa**

■ Société

L'évolution des règles d'attribution du nom de famille : la fin de la dévolution automatique du nom du père

Par un arrêt qualifié « d'historique » en date du 31 mai 2022, la Cour constitutionnelle italienne a mis un terme à la dévolution automatique du nom du père, que l'enfant soit issu du mariage, soit né hors mariage ou ait été adopté (sur cet aspect historique, v. L. BARTOLUCCI, « La disciplina del « doppio cognome » dopo la sentenza n° 131 del 2022 : la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte », *Giur. cost.*, 2022, Fasc. 3, p. 1076).

Pour rappel, en application de l'article 262 §1 du Code civil, lorsqu'un enfant est né hors mariage, ce dernier porte le nom du parent qui l'a reconnu en premier ; si la reconnaissance a été faite par les deux parents simultanément, alors l'enfant prend le nom de famille du père. Cette manifestation de la conception patriarcale de l'attribution du nom avait été censurée par la Cour constitutionnelle dans la décision n° 286 de 2016. A cette occasion, la Cour avait reconnu la possibilité d'ajouter le nom de la mère au patronyme de l'enfant, en sus de celui du père. Il n'en demeure pas moins que les règles d'attribution du nom de

famille renfermaient d'autres difficultés.

Le Tribunal ordinaire de Bolzano avait, à cet effet, saisi la *Consulta* d'une question préjudicielle de constitutionnalité de l'article 262 du Code civil en ce qu'il ne prévoyait pas l'attribution du seul nom de la mère. Le juge *a quo* soutenait que ces dispositions méconnaissaient l'article 2 de la Constitution garantissant le

le 11 février 2021 une ordonnance *d'autorimessione* dans laquelle elle avait reformulé la question de constitutionnalité posée par les juges *a quo*. Cette technique interprétative a permis au juge des lois de ne pas se cantonner à la question de la dévolution du seul nom de la mère, mais de s'emparer de la question relative à la dévolution du nom du père en l'absence d'accord contraire

Article 3 de la Constitution italienne

Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales.

Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du Pays. (trad. Prof. Maryse Baudrez, cdpc.univ-tln.fr)

droit à l'identité personnelle, le principe d'égalité entre hommes et femmes garanti à l'article 3 de la Constitution, ainsi que l'article 117 §1 de la Constitution en relation avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Non sans audace, la Cour constitutionnelle italienne avait rendu

entre les parents. L'un des objectifs de l'ordonnance est de ne pas se prononcer immédiatement sur la constitutionnalité des dispositions objet du contrôle ce qui permet au législateur de remédier à la difficulté avant la censure.

L'arrêt n° 131 du 31 mai 2022 intervient ainsi en réponse à

l'ordonnance *d'autorimessione* susvisée. Le juge des lois constate « qu'aucune des nombreuses propositions de réformes législatives, présentées depuis la VIII^e législature n'a abouti » ; la Cour constitutionnelle poursuit en précisant « qu'elle ne peut plus s'exonérer de garantir l'effectivité de la « légalité constitutionnelle ».

La *Consulta* prononça ainsi l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 262 du Code civil en ce qu'elles prévoient d'attribuer à l'enfant le nom du père en l'absence d'accord contraire des parents. Par voie de conséquence, les dispositions relatives à la dévolution du nom de famille des enfants issus du mariage et de l'adoption sont également déclarées contraires à la Constitution.

La Cour constitutionnelle réaffirme avec force sa fonction de garant de l'effectivité de la primauté

avec la mère, identifié par un nom de famille, représentant sa branche familiale et le choix des parents d'effectuer concomitamment la reconnaissance de l'enfant l'accueillant ensemble dans le noyau familial. La dévolution du nom de famille apparaît comme l'une des composantes essentielles du droit à l'identité personnelle. En ce sens, le nom représente le « noyau de l'identité juridique et sociale de la personne », selon les termes du juge des lois.

À cet égard, la Cour regrette que la reconnaissance de l'enfant se traduise par « l'invisibilité de la femme », une « situation asymétrique » dès lors où le nom du père s'impose à elle en l'absence d'accord contraire des parents. L'égalité des hommes et des femmes n'est selon la Cour constitutionnelle pas respectée ; la possibilité pour les parents de

Cour européenne des droits de l'homme qui a mis en exergue le caractère « excessivement rigide et discriminatoire » des dispositions législatives espagnoles prévoyant d'apposer le nom du père en premier dans le cas d'un désaccord sur l'ordre des noms de famille. La parité s'accommode dès lors de la dévolution d'un double nom de famille.

La Cour constitutionnelle pose alors la règle selon laquelle un accord est indispensable pour pouvoir attribuer à l'enfant le nom d'un seul des parents. En absence d'accord, il conviendra d'attribuer à l'enfant le nom des deux parents dans l'ordre de leur choix. En cas de désaccord sur l'ordre de l'attribution des noms de famille l'intervention du juge apparaîtra nécessaire (cons. en droit 13). Ce modèle est l'unique selon la Cour qui permette de garantir la légalité constitutionnelle. L'impact de la décision de la *Consulta* est immédiat ; elle s'applique dès le lendemain de sa publication aux enfants dont le nom n'a pas encore été attribué.

Avec la garantie de l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, la Cour constitutionnelle entame une réorganisation de ses rapports avec un législateur inerte.

II. - LES PRÉMICES D'UNE RÉORGANISATION DES RAPPORTS ENTRE COUR CONSTITUTIONNELLE ET LÉGISLATEUR

La cour constitutionnelle italienne a patienté de nombreuses années avant de formuler une nouvelle règle d'attribution du nom de famille. Cette audace pourrait être perçue par certains comme une intrusion dans le pouvoir du Parlement, une forme de gouvernement des juges. Le juge constitutionnel a pourtant pris soin d'inviter le Parlement à modifier la législation, en vain. Il s'agit pour le juge de pallier l'inertie de ce dernier et de facto de garantir l'effectivité de la primauté de la Constitution et, le cas échéant, des droits et libertés fondamentaux. L'effectivité requiert la production d'effets des droits et libertés fondamentaux et le cas échéant la garantie d'un droit à l'identité personnelle de l'enfant et d'un droit à l'égalité des parents que



constitutionnelle et, particulièrement, des droits et libertés fondamentaux (I) en opérant une réorganisation des rapports avec un législateur inerte.

I. - LE PRINCIPE DE L'ATTRIBUTION DU « DOUBLE NOM », SAUF ACCORD CONTRAIRE DES PARENTS

Dans la continuité de sa jurisprudence sur la dévolution du nom, la Cour constitutionnelle rappelle que l'identité familiale de l'enfant se décompose en trois éléments : le lien parental avec le père, identifié par un nom de famille, représentant sa branche familiale ; le lien parental

formuler un accord contraire n'est pas non plus égalitaire dans la mesure où le père a des privilèges supplémentaires. Cette règle traduit une conception patriarcale de la famille qui n'est plus en adéquation avec l'égalité des sexes et le droit à l'identité personnelle de l'enfant. En outre, ces règles ne sont justifiées par aucune disposition constitutionnelle.

Il n'est pas question pour le juge des lois d'attendre plus longtemps une intervention du législateur. Le juge des lois est particulièrement attentif à sa motivation. Il prend le soin de rappeler la jurisprudence récente de la

la dévolution imposée du nom paternel ne saurait satisfaire.

Cette technique pourrait désormais être utilisée dans les cas où le législateur n'a pas réussi à réformer, amorçant les prémices d'une réorganisation des rapports entre le législateur et la Cour. Ces rapports ne sont pas exempts de collaboration. En effet, le débat n'est pas clos. La *Consulta* prend le soin de formuler une double invitation au législateur relative aux modalités concrètes de dévolution du nom. En premier lieu,

l'intervention du législateur apparaît nécessaire « pour empêcher que l'attribution du nom de chacun des parents n'entraîne, pour les générations successives, un mécanisme multiplicateur qui serait dommageable pour la fonction identitaire du nom ». Il appartient dès lors au Parlement de déterminer des modalités permettant d'éviter des noms de famille multiples qui nuiraient à l'identité personnelle. Le Parlement pourrait par exemple faire le choix de limiter le nombre de patronymes.

En second lieu, il appartient au législateur « d'évaluer l'intérêt de l'enfant à ne pas se voir attribuer [...] un nom différent de celui de ses frères et sœurs ». Le changement des règles d'attribution du nom pourrait en effet avoir pour conséquence d'entraîner des noms de famille différents au sein du même noyau familial. Cette difficulté est néanmoins aisément surmontable par les parents qui bénéficient du droit de choisir un nom de famille différent et notamment d'attribuer uniquement le nom du père. ■ *Tatiana Disperati*

■ Société

La prudence de la Cour constitutionnelle à l'égard de la législation sur la pandémie et les obligations vaccinales

Parfois inédites, les principales mesures pour lutter contre la COVID-19 ont fait l'objet de discussions juridiques animées, dans et en dehors des revues scientifiques. Alors que la pandémie était, et est toujours, en cours, bien qu'avec un degré de pression moins inquiétant et moins urgent, comme on pouvait s'y attendre ces instruments ont réussi l'examen des juges administratifs et constitutionnels, moyennant quelques ajustements.

C'est le cas du régime dit de *lockdown* ou de confinement basé sur le très controversé décret du Président du Conseil des ministres (Conseil d'État, avis, 28 avril-13 mai 2021, n° 850 ; Cour constitutionnelle, n° 37 et n° 198 de 2021). C'est également le cas du *green pass* ou pass vaccinal (Conseil d'État, ord., 17 septembre 2021, n° 5130) et, enfin, des obligations de vaccination (d'abord avec le très élaboré arrêt du Conseil d'État n° 7045 de 2021, et dorénavant avec les arrêts de la Cour constitutionnelle n°s 14-16 de 2023).

Des aménagements ont été effectués, dans une certaine mesure, en ce qui concerne certaines dispositions plus sectorielles, telles que le gel des expulsions et des saisies immobilières (Cour constitutionnelle, n°s 128 et 213 de 2021) et la suspension des délais de prescription des infractions (Cour constitutionnelle, n° 278 de 2020 et n° 140 de 2021) ; mais aussi, à l'occasion de l'arrêt n° 25 de 2023, sur la nécessité de déterminer les règles prescrivantes

des traitements médicaux obligatoires - ici, sans lien avec la régulation de la pandémie (l'arrêt le précise expressément), mais avec des dispositions générales, en vertu de règlements militaires, se référant à tout vaccin jugé nécessaire par l'administration en relation avec la particularité de certains théâtres d'opérations.

Le trait commun et dominant à ces décisions est la prudence avec laquelle la Cour exerce son contrôle. Au-delà des aspects procéduraux, les doutes soulevés sur la sécurité des vaccins, sur leur efficacité et sur leurs modalités d'administration sont tous dissipés, confirmant la pertinence des évaluations clinique et organisationnelle des autorités sanitaires et médico-scientifiques (ministère, Institut supérieur de la Santé, Agence italienne du médicament), sans aucune autre investigation approfondie.

Le trait commun et dominant à ces décisions est la prudence avec laquelle la Cour exerce son contrôle. Au-delà des aspects procéduraux, les doutes soulevés sur la sécurité des vaccins, sur leur efficacité et sur leurs modalités d'administration sont tous dissipés, confirmant la pertinence des évaluations clinique et organisationnelle des autorités sanitaires et médico-scientifiques (ministère, Institut supérieur de la Santé, Agence italienne du médicament), sans aucune autre investigation approfondie. Au contraire, l'arrêt n° 14 critique presque l'affirmation selon laquelle les évaluations de ces organismes -

sauf en cas d'erreur indiscutable ou d'inexactitude totale - peuvent être remplacées, dans les décisions législatives et par conséquent dans le contrôle juridictionnel de celles-ci, « par des données provenant de sources différentes, même si elles se réfèrent à des "experts" en la matière [...] on ne sait pas sur la base de quels critères elles ont été choisies ». Cela souligne, entre autres, l'importance, également constitutionnelle, de ces institutions techniques, de leurs

relations avec les institutions politiques et des garanties de transparence et de rigueur méthodologique de leur travail.

Il est également possible de parler de tout cela en termes de « réserve de science », selon une expression désormais récurrente dans le lexique des constitutionnalistes. Mais quelle que soit la formule, l'essentiel est simple : la République ayant un devoir de protection de la santé, établir si un traitement donné est ou non bénéfique (en termes de rapport bénéfice/risque) pour la santé (d'un individu ou d'une communauté) relève inévitablement du domaine de l'évaluation scientifique.

La manière dont la République doit s'organiser pour fournir ces soins, et comment ce devoir s'articule avec d'autres, fixés par la Constitution, en termes de garantie des droits individuels ou d'intérêt général, est une question distincte, du moins en principe. En aval des appréciations d'opportunité se trouvent celles relatives aux modalités de diffusion des vaccinations : par recommandation ou par obligation, puis par quel type spécifique de l'une ou de l'autre. Il s'agit d'appréciations de nature politique et même sur celles-ci, le contrôle reste léger : par exemple, lorsqu'il estime qu'il n'est pas nécessaire d'autoriser l'utilisation des personnels de santé non vaccinés pour d'autres tâches (au lieu de les suspendre de travail et de salaire) car cela entraînerait une charge excessive sur l'organisation des établissements de santé. Ou encore lorsqu'il est rappelé que dans certains systèmes juridiques étrangers la possibilité d'un licenciement existe, et qui, selon elle, est pertinent « indépendamment de la fréquence avec laquelle il a été utilisé dans la pratique » (arrêt n° 14).

L'arrêt n° 25 est également prudent à plusieurs égards. Non seulement, comme nous l'avons déjà mentionné, il distingue expressément la législation pandémique de la législation militaire. Mais, en outre, il préconise, ou plutôt exhorte, à un réexamen du pouvoir législatif, préfigurant également des solutions qui laissent une marge d'appréciation à l'administration (la suggestion est d'énumérer une pluralité de vaccinations dans la loi, parmi lesquelles le service de santé militaire pourrait ensuite sélectionner celles à prescrire au cas par cas, en fonction des situations individuelles).

Dans l'ensemble, ces décisions sont cohérentes à la fois avec les précédents sur les obligations de vaccination (notamment Cour constitutionnelle, arrêt n° 5 de 2018) et avec l'attitude générale adoptée à l'égard de la législation

sur les pandémies. Lorsqu'il existe une marge d'appréciation (certes politique, mais - on s'y risquerait - également scientifique quant à l'adéquation clinique) par rapport à une finalité donnée (la protection de la santé), tant dans la réalisation de l'évaluation que, *a fortiori*, dans son réexamen, les circonstances concrètes doivent être prises en compte.

Dans le cas présent, il s'agissait d'une situation temporaire et générale, évoluant rapidement, autant de caractéristiques nouvelles qui nécessitaient une surveillance continue. Dans cette situation, les exigences de prévention et (en ce qui concerne les aspects encore incertains) de précaution, d'adaptation rapide de la législation, de respect immédiat et généralisé, y compris au moyen de mesures autoritaires assez peu complexes à appliquer, ont pesé lourd. Tout cela a inévitablement élargi le champ des appréciations et des responsabilités des autorités médico-scientifiques et politiques, ce qui se prête mal à un contrôle juridictionnel (comme l'avait fait le *Chief Justice* Roberts dans l'une des premières prises de position de la Cour suprême des États-Unis sur le sujet : *South Bay United Pentecostal Church v.*



Gavin Newsom du 29 mai 2020 ; par la suite, cependant, l'attitude de cette même Cour semble avoir changé, comme on peut le voir, par exemple, dans la décision du même nom du 5 février 2021, mais aussi dans la décision *NFIB v. OSHA* du 13 janvier 2022).

Cela semble fondamentalement correct : à la fois par rapport à la situation spécifique et à la lumière d'arguments plus généraux qui pourraient être avancés sur les circonstances qui, dans certains cas, devraient conduire le pouvoir judiciaire à des attitudes de retenue particulière dans l'exercice de ses pouvoirs. ■ **Michele Massa (trad. Michaël Bardin)**

■ Voix d'Italie

La Constitution et le retour de la guerre¹

par Giuseppe de Vergottini

Professeur émérite de droit constitutionnel de l'Université de Bologne

L'« opération militaire spéciale » de la Fédération de Russie contre l'Ukraine s'est en fait révélée être le début d'une véritable guerre d'agression. Dans ce cas, le terme « guerre » est pertinent car l'intention des Russes d'opérer une *debellatio* du pays envahi est apparue clairement dès le début. Dans ce contexte dramatique, la position italienne est difficile à cerner. Il est acquis que le conflit concerne à la fois l'agresseur et l'agressé, et dans les pays membres de l'Alliance atlantique, on raisonne comme si l'affrontement ne les concernait qu'indirectement.

En ce qui concerne l'Italie, nous raisonnons comme si nous n'étions pas entrés dans une zone à risque lorsque nous avons décidé de sanctions économiques, de l'envoi d'armements et de l'isolationnisme de la Fédération de Russie. La confrontation militaire est, certes, confinée au territoire ukrainien, mais le conflit est multiple et multiforme, et nous ne pouvons pas prédire avec certitude si une implication armée directe sera évitée. Le rejet choral par les pays de l'OTAN de la *zone d'exclusion aérienne* compréhensible demandée par l'Ukraine va dans le sens de l'évitement d'une implication armée directe.

I. - GUERRE ET CONSTITUTION

Quelle est la position de la constitution italienne face aux événements récents ?

Il est inévitable de tenter de résumer les arguments de droit international et constitutionnel présentés par les intervenants en se référant au régime de la relation guerre/paix fourni par le lexique et la pratique constitutionnels.

Commençons par rappeler les clauses constitutionnelles relatives à la guerre. Celles-ci transposent le droit international et notamment l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations unies, unanimement considérée comme reproduisant le droit coutumier en la matière, qui désigne comme illicite la menace et l'emploi de la force armée « contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, ou de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies ». Parallèlement, l'article 51 de la Charte garantit la défense individuelle et collective et le droit naturel de tout État de résister à une agression.

Ainsi, la coïncidence entre la source internationale et la source constitutionnelle se manifeste en ce qui concerne la réception des principes garantissant les droits de la

conception libérale de la démocratie dans le pays (Iovane).

Dans ce rapport, nous examinerons la signification de la répudiation de la guerre dans l'article 11 de la Constitution et son évolution dans la pratique au fil des années. Le texte des dispositions de la Constitution relatives à la guerre pose de sérieux problèmes à l'interprète, car il montre clairement que le concept de guerre auquel il se réfère est conceptuellement *insuffisant*, tandis que les dispositions procédurales relatives à la délibération et à la déclaration de l'état de guerre apparaissent complètement *anachroniques*.

Aujourd'hui encore, le refus catégorique de la violence armée contre d'autres États, tant à des fins d'agression que pour le règlement de différends internationaux, reste ferme, à l'exception des cas de légitime défense et de l'exécution des résolutions des organes des Nations unies.

Ces dernières années, le *concept de guerre* compris comme un conflit interétatique visant à la *debellatio* d'un autre État, concept généralement remplacé dans la réalité par une gamme variée de conflits armés, s'est avéré insuffisant. Et ce d'autant plus

que la manière de concevoir le conflit interétatique a radicalement changé dans la pratique et dans le droit international : le conflit armé, même dans sa qualification extrême qu'est la guerre, est assurément un *concept dynamique*, et non statique. Par conséquent, l'évolution de ce concept ne peut être étrangère à l'ordre juridique italien, et pas seulement à l'ordre politique. La guerre reste donc l'hypothèse extrême du conflit armé. Une hypothèse qui semblait



lointaine mais qui s'est soudainement matérialisée comme réelle dans toute sa dimension dramatique.

Le fameux article 11 rejette fermement la participation de l'Italie à des guerres d'agression et à des guerres visant à résoudre des différends, mais, comme nous le rappelons, il n'a pas empêché diverses formes d'intervention armée à l'étranger.

L'article 78 envisage les modalités procédurales visant à délibérer et à déclarer la volonté de l'État d'introduire un état de guerre internationale. Cependant, cette clause est complètement dépassée car le principe de la nécessaire coexistence des organes de politique (Parlement et Gouvernement) et de garantie (Chef de l'État) dans la prise de décisions concernant la sécurité internationale de l'État, y compris le recours à la force armée, reste valable.

La Constitution ne couvre qu'indirectement la manière la plus fréquemment utilisée aujourd'hui de déployer une force armée en dehors du territoire national par le biais de *missions* militaires. Une lacune d'une gravité évidente comblée par les pratiques parlementaires et gouvernementales. Le principe de répudiation ne pose aucun problème lorsque les missions de *maintien de la paix* n'impliquent pas d'activités de nature guerrière. Le cas de l'*imposition de la paix* est différent lorsque les mesures coercitives se transforment en activités impliquant l'utilisation de la force.

Dans l'ensemble, la partie du texte constitutionnel qui concerne la « constitution de la défense » est très marquée par le temps. Son utilisation aujourd'hui exige donc inévitablement une *lecture évolutive* constante qui tienne compte en particulier de l'influence et du conditionnement imposés par le temps passé, ce qui a rendu de plus en plus pertinent le rôle des traités internationaux relatifs à la sécurité qui instituent des organisations spéciales habilitées à prendre des décisions contraignantes

pour l'Italie par l'intermédiaire de leurs organes directeurs. Outre les contraintes découlant de la participation à des organisations telles que l'OTAN, il convient de mentionner au moins ce que prévoient les articles 42-45 du Traité sur l'Union européenne (TUE) en ce qui concerne les missions qui peuvent être décidées sur la base de ces dispositions par les organes communautaires et qui peuvent donc impliquer l'Italie.

II. - LA SIGNIFICATION DE L'ARTICLE 11 : LE MALENTENDU SUR LA RÉPUDIATION DE LA GUERRE ET LA VOLONTÉ DE NON-ISOLEMENT AU SEIN DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

L'article 11, comme on le sait, contient deux dispositions. Dans la première se trouve la répudiation de la guerre en tant que « moyen d'attenter à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux ». Dans la seconde, l'Italie « consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre

Article 11 de la Constitution italienne

L'Italie répudie la guerre comme moyen d'attenter à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales qui poursuivent un tel objectif. (trad. Prof. Maryse Baudrez, cdpc.univ-tln.fr)

qui assure la paix et la justice entre les Nations ». À cette fin, l'Italie « suscite et favorise les organisations internationales ».

En général, l'accent est mis sur la première partie de la disposition.

C'est l'accent mis sur la volonté de rejeter la guerre qui a retenu l'attention des commentateurs. La première partie de l'article 11 énonce en termes péremptoires la *répudiation de la guerre*. Cette affirmation n'est pas aussi originale qu'on le prétend parfois, puisqu'elle est commune aux constitutions des États vaincus à la fin de la Seconde Guerre mondiale,

comme l'indiquent l'article 9 de la Constitution japonaise de 1946 et l'article 26 de la *Grundgesetz* allemande de 1949, des formules qui semblent beaucoup plus catégoriques et tranchantes pour imposer l'interdiction des politiques belliqueuses et qui, avec diverses formules, sont reprises dans la généralité des textes constitutionnels, même récents, incorporant les principes codifiés dans la Charte des Nations unies. Sur la base de cette affirmation, il a été soutenu que non seulement la participation à des guerres qui ne sont pas strictement défensives, mais aussi la participation à des conflits de moindre intensité qui ne sont pas des guerres, en particulier lorsque des forces armées sont envoyées à l'étranger pour remplir des obligations internationales, pourraient être en contradiction avec la répudiation prévue à l'article 11.

En réalité, sur le thème de la sécurité dans les relations internationales, les constituants avaient pris *une double orientation*, valable pour les orientations futures des organes

constitutionnels :

l'interdiction de la guerre, sauf pour la légitime défense, mais en même temps l'inclusion de l'Italie dans le cadre des organisations internationales de sécurité collective. Le fait que cette dernière orientation, une fois mise en œuvre, puisse entraîner la contrainte du respect des clauses des accords de sécurité collective impliquant le recours à la

force armée et éventuellement l'utilisation de la violence guerrière a d'abord échappé à l'attention générale, mais est devenue par la suite une évidence. En pratique, il existait donc au *moins deux hypothèses* dans lesquelles une exception au principe impératif de répudiation pouvait en principe être identifiée : l'hypothèse de la défense contre une agression extérieure et le respect des décisions des organes des Nations unies impliquant le recours à la force ou même la participation à des conflits conformes aux principes de la Charte des Nations unies.

Les constituants n'avaient pas seulement à l'esprit d'empêcher l'Italie de s'aventurer dans la guerre à l'avenir, mais ils avaient aussi la ferme intention de permettre à l'Italie d'être incluse dans le système des Nations unies et, en tout cas, dans les organisations responsables de la sécurité collective qui s'articuleront ensuite diversement au fil du temps dans le cadre des Nations Unies elles-mêmes (Alliance atlantique et son organisation, UEO, OSCE et plus récemment la PESD et la PESC au sein de l'Union européenne). Il convient donc de faire une lecture équilibrée des deux parties de l'article 11 : les deux dispositions sont des *principes fondamentaux*, qu'il s'agisse de la répudiation de la guerre ou du principe de la participation à des organisations internationales de sécurité, y compris les limites éventuelles à la souveraineté des États. Le fait que la deuxième partie de l'article 11 englobe également un principe fondamental est confirmé par le fait que la loi n° 131 du 5 juin 2003, portant application de la loi constitutionnelle n°3 du 18 octobre 2001, révisant le titre V de la deuxième partie de la Constitution, en précisant les contraintes qui pèsent sur le pouvoir législatif de l'État et des régions, a jugé nécessaire de prendre précisément en considération les « accords de limitation réciproque de la souveraineté visés à l'article 11 de la Constitution » en ce qui concerne la généralité des traités internationaux liant la République (art. 1, par. 1).

La *volonté de non-isolement* au sein de l'organisation internationale qui se reconstituait après la Seconde Guerre mondiale explique de manière convaincante le refus explicite des constituants d'inscrire le *principe de neutralité* dans la constitution. Si la volonté de répudier la guerre devait avoir une portée véritablement absolue, la logique aurait voulu qu'elle ne s'arrête pas à une simple répudiation, concept idéologiquement fort mais juridiquement vague et indéfini, mais qu'elle inscrive dans la

constitution le concept de neutralité permanente, concept traditionnellement utilisé pour décrire le retrait définitif d'un État de la guerre si la décision en a été prise dans la constitution. La *neutralité* permanente est un concept beaucoup plus rigoureux et garant qu'une prétendue répudiation, puisque le premier est juridiquement définissable et qu'il est certainement pertinent pour le droit constitutionnel et international. La neutralité de principe aurait répondu à l'objectif de non-implication de la République dans les guerres et dans la

L'article 11 est généralement invoqué pour ne souligner que certains des aspects les plus évidents du conflit armé que la Constitution rejette. Toutefois, cela n'est pas en principe interdit si cela fait partie du devoir de défense destiné à assurer la sécurité de la communauté et des institutions de l'État.

promotion de la paix poursuivie par les constituants et aurait permis à la doctrine constitutionnaliste d'éviter les équilibres définitionnels sur le concept inhabituel et flou de « répudiation ».

Cela ne s'est pas produit, et ce n'est pas un hasard, car les constituants étaient déterminés à placer l'Italie parmi les États leaders de la politique internationale et, bien que sous conditions, ils ont accepté le risque de participer à des situations de conflit en application des principes de l'ONU.

En réalité, l'évaluation de l'admissibilité des interventions armées doit respecter une *lecture équilibrée* de toutes les clauses de l'article 11. Cela signifie qu'il est tout à fait légitime de soulever le problème de l'éventuelle contradiction avec l'article 11, première partie, des

décisions d'organismes internationaux ou d'États alliés acceptées par l'Italie qui ne sont pas conformes aux exigences de la défense et aux objectifs fixés par la Charte des Nations unies ainsi qu'aux valeurs protégées par la Constitution et, en particulier, au principe de répudiation. Dans cette perspective, il a été souligné que le respect des contraintes juridiques résultant de la mise en œuvre de la deuxième partie de l'article 11 aurait pu entraîner la violation de la première partie, la seule qui contienne, selon une certaine lecture, un principe fondamental qui ne peut être ignoré. Et c'est précisément en s'appuyant sur le caractère indérogeable du principe de répudiation qu'il a été soutenu que l'article 11 a été violé dans les cas les plus significatifs d'interventions armées à l'étranger tels que ceux de la guerre du Golfe, de l'attaque contre la Serbie, de l'intervention en Afghanistan et enfin de l'intervention en Libye. Même si elle est isolée, la pertinence préférentielle de la deuxième partie de l'article a ensuite été argumentée en soulignant l'obligation de mettre en œuvre des accords de sécurité internationaux, déplaçant ainsi le centre de gravité de la prise de décision des organes constitutionnels vers ceux des organisations de sécurité collective.

III. - CE QUE L'ARTICLE 11 NE DIT PAS : LA SÉCURITÉ ET LA QUALIFICATION POUR LA DÉFENSE

L'article 11 est généralement invoqué pour ne souligner que certains des aspects les plus évidents du conflit armé que la Constitution rejette. Toutefois, cela n'est pas en principe interdit si cela fait partie du devoir de défense destiné à assurer la *sécurité de la communauté et des institutions de l'État*.

La sécurité signifie la protection contre l'envahissement provenant d'actions extérieures, d'États tiers, de réalités internationales agressives, d'organisations terroristes. À cet égard, la sécurité garantit la protection

contre les agressions, y compris (ou parfois principalement) les agressions armées, et nécessite des dispositifs de protection par le biais d'activités de *renseignement* et d'activités militaires. La Cour constitutionnelle a bien souligné non seulement la légalité mais aussi le *devoir de défense*. Nous entrons ici dans le chapitre des conflits armés et de la capacité de défense qui peut prendre la forme d'un véritable conflit armé. Le cœur du raisonnement de la Cour devient l'article 52 (arrêt n°110 de 1998 ; dans le même sens, v. les arrêts n°24 de 2014, 106 de 2009, 86 de 1977 et 82 de 1976).

Selon la Cour, s'agissant de la *valeur sécurité*, d'autres valeurs - également de premier rang constitutionnel - telles que l'exercice de la fonction juridictionnelle sont « physiologiquement » destinées à rester secondaires. La Cour, dans son arrêt n°86 de 1977, a ensuite précisé que la sécurité « trouve son expression, dans notre texte constitutionnel, dans la formule solennelle de l'article 52, qui énonce que la défense de la patrie est le devoir sacré du citoyen. En rappelant et en développant ce concept, qui repose sur l'identification d'un intérêt constitutionnel supérieur, il est nécessaire de se référer précisément au concept de défense de la patrie et à celui de sécurité nationale ». La Cour trouve ensuite un appui à sa décision « (...) dans l'article 87 de la Constitution italienne, qui prévoit un organe *ad hoc* appelé Conseil suprême de défense et qui, certainement, même dans le silence de la loi, a des tâches strictement en lien avec la défense militaire et, par conséquent, la sécurité de l'État. C'est précisément à ce concept qu'il faut se référer, en le mettant en relation avec d'autres normes de la même Constitution qui établissent des éléments et des moments inhérents à notre État ».

Voici donc la relation inévitable entre l'article 52 et l'article 11, qui établit un équilibre entre l'interdiction péremptoire de la guerre agressive et le devoir et la légalité de la guerre défensive.

IV. - L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE GUERRE INTERNATIONALE ET

Article 52 de la Constitution italienne

La défense de la Patrie est un devoir sacré du citoyen. Le service militaire est obligatoire dans les limites et selon les modalités fixées par la loi. Son accomplissement ne porte aucun préjudice à la situation de travail du citoyen, ni à l'exercice de ses droits politiques. L'organisation des forces armées observe l'esprit démocratique de la République.

Article 87 de la Constitution italienne

Le Président de la République est le chef de l'État et représente l'unité nationale.

(...) Il a le commandement des Forces armées, préside le Conseil suprême de défense constitué selon la loi, déclare l'état de guerre délibéré par les Chambres. (...)

(trad. Prof. Maryse Baudrez, cdpc.univ-tln.fr)

L'EXTENSION DE L'INTERDICTION CONSTITUTIONNELLE AUX CONFLITS ARMÉS

La Constitution n'offre pas de définition de la guerre internationale, même si certaines de ses clauses en traitent, suggérant que le droit international en définira les caractéristiques. Cela s'explique par le fait que les auteurs de la Constitution ont eu recours à la technique des *clauses en blanc*, intégrant le mécanisme tel qu'il existe en droit international. Par conséquent, le concept de guerre qui a progressivement évolué dans les relations internationales conditionne la lecture des clauses constitutionnelles pertinentes, et comme la définition de la guerre en droit international change, il en va de même pour le concept de guerre

pertinent pour le droit des États. *Le concept constitutionnel de guerre n'est donc pas nécessairement cristallisé au moment initial des déterminations des constituants mais subit des ajustements au gré de l'évolution des relations politiques et juridiques des sujets opérant dans la communauté internationale.*

Comme d'autres constitutions, la Constitution italienne a dû, dans son fonctionnement, intégrer le régime juridique des conflits autres que la guerre traditionnelle qui a vu le jour au sein de la communauté internationale. La Constitution n'est donc pas restée immobile dans les premières années de fonctionnement du système des Nations unies et de la réduction de la guerre à une guerre strictement défensive, comme l'exigeait la logique de protection contre l'agression redoutée par les États du bloc communiste. En particulier au cours des dernières décennies, de nouveaux types de conflits internationaux sont apparus et ont soulevé la question de leur acceptabilité dans le cadre de la Constitution elle-même.

En effet, pour le droit, l'institution « classique » de la guerre est inchangée dans son essence alors que les circonstances objectives dans lesquelles elle se déroule et ses motivations apparaissent largement modifiées. Si, par conséquent, nous reprenons la définition traditionnelle de la guerre comme une procédure interétatique caractérisée par l'application de la violence afin de permettre au vainqueur, en cas de *debellatio*, d'imposer sa volonté, qui peut consister, entre autres, à imposer un changement de régime à l'État vaincu ; nous pouvons vérifier sa pertinence aujourd'hui, comme le montre clairement le cas de l'actuelle guerre d'anéantissement de l'Ukraine. L'utilisation du terme « conflit armé » au lieu de « guerre » n'a certainement pas éliminé l'existence possible du phénomène. L'élimination du régime politique et l'imposition du modèle de remplacement souhaité par le vainqueur ont été la conclusion des guerres les plus récentes auxquelles l'Italie a participé en Serbie, en Irak et en Libye. Dans le cas présent, l'objectif russe d'élimination du régime politique de l'État ukrainien

s'ajoute à la destruction de la population et de l'économie du pays attaqué.

S'il est vrai que le concept de guerre que les constituants avaient à l'esprit au milieu des années 1940 était le concept traditionnel auquel on se réfère aujourd'hui, à savoir une confrontation armée entre États visant à vaincre l'ennemi, il est également tout à fait clair que le texte formel de la Constitution a ignoré l'évolution importante qui s'est produite au fil du temps dans la qualification et la classification juridiques internationales de l'utilisation de la force armée.

En fait, il est bien connu que la pratique, les traités et la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux ont progressivement restreint le concept de guerre classique en le considérant comme le *schéma extrême* du conflit international. Le concept plus élastique qui s'est imposé depuis longtemps est celui de *conflit armé international*, un conflit qui peut présenter différentes intensités et dont la guerre finit par être une hypothèse extrême et généralement résiduelle. La pratique a permis d'identifier différentes hypothèses de situations nécessitant une intervention armée (MOOTW : *Military Operations Other Than War*) : opérations de *maintien de la paix*, de *consolidation de la paix*, de *imposition de la paix*, résolution de crises, interventions humanitaires, interventions de stabilisation, avec une grande variété d'hypothèses et de qualifications selon l'ordre auquel on se réfère et dans lequel on peut identifier les hypothèses de « conflit armé », différentes de la guerre traditionnelle. Ces situations pouvant être qualifiées de conflit armé ont été rappelées par la Cour de cassation dans l'affaire *Callipari* (Cass. Pen., sect. 1, arrêt 19 juin 2008 - 24 juillet 2008, n° 31171). Elles concernent en particulier les situations de conflit définies comme des opérations de guerre « de basse intensité » impliquant des règles plus restrictives qu'une véritable guerre, mais impliquant tout de même un engagement significatif de la force armée. L'imbrication des conflits impliquant des États territoriaux et des conflits impliquant des organisations armées présentes à l'intérieur d'un État

est particulièrement complexe, avec la possibilité de distinguer les guerres interétatiques des guerres infra-étatiques et extra-étatiques.

La loi n° 15 du 27 février 2002 a donné au conflit armé une définition qui ne s'écarte pas sensiblement de celle de la guerre internationale. En effet, selon son article 2, qui a modifié l'article 165 du Code pénal militaire de la guerre, « selon le Code pénal militaire de la guerre, on entend par conflit armé un conflit dans lequel l'une au moins des parties fait un usage militairement organisé et prolongé des armes contre une autre dans le but de mener des actions de guerre ». On peut donc affirmer qu'un conflit armé est un conflit qui fait appel aux modalités de la guerre, mais qui n'implique pas nécessairement le recours à une volonté d'anéantissement conduisant à la *debellatio*.

Dire que la guerre, en tant qu'expression extrême de la catégorie des conflits armés, apparaît résiduelle ne revient pas à en minimiser la portée et l'actualité.

Les cas dans lesquels l'Italie a été impliquée posaient des problèmes significatifs de compatibilité avec l'article 11.

Les participations à la guerre du Golfe (1990), à la guerre en Afghanistan (2001) et à l'attaque contre la Libye (2011) peuvent être rattachées à des actions de sécurité collective dans le cadre des contraintes internationales, approuvées par les organes de l'ONU. Celle du Kosovo (1999) a été justifiée par la défense de valeurs supérieures telles que les droits de l'homme. Elle a été déterminée par les organes d'une organisation régionale, comme l'OTAN, et non par les Nations unies. L'Italie n'a pas participé à la guerre contre l'Irak (2003) lancée par une coalition dirigée par les États-Unis, qui a été unilatéralement qualifiée de guerre de défense préventive dans laquelle le danger imminent ne pouvait être éliminé que par l'application de la violence guerrière.

En l'absence d'une disposition explicite de la Constitution traitant des conflits armés, on pourrait supposer que la répudiation de l'article 11 ne concerne que la guerre au sens strict et n'exclut pas la participation à d'autres conflits armés. Mais il est clair qu'une conclusion aussi hâtive risquerait de présenter des hypothèses où la participation à des conflits qui iraient à l'encontre de la volonté ultime des constituants qui, en interdisant la guerre, entendaient, en fait, interdire tout *recours à la violence* interétatique par la force armée, sauf en cas de légitime défense et aux fins autorisées par les dispositions de l'ONU.

Par conséquent, l'interdiction du recours à la force armée, à des fins d'agression et de règlement des différends, reste ferme, tandis que l'éventail des conflits possibles impliquant l'Italie doit s'inscrire dans des hypothèses permettant de respecter les contraintes de l'ordre onusien.

Dire que la guerre, en tant qu'expression extrême de la catégorie des conflits armés, apparaît résiduelle ne revient pas à en minimiser la portée et l'actualité.

Il convient plutôt de souligner que la reconnaissance incontestée, même dans notre ordre juridique, de l'institution du conflit armé, bien que ce concept soit étranger au lexique constitutionnel, est une preuve supplémentaire du fait que *l'ordre juridique reconnaît et utilise les catégories relatives aux conflits, et en particulier leur forme extrême de guerre, telles qu'elles se manifestent dans l'ordre juridique international*. Cette ligne d'interprétation est acceptée dans l'ordre juridique italien et confirmée par la jurisprudence. La Cour de cassation a ainsi déclaré que les conflits armés « sont qualifiés comme tels par le droit international même s'il s'agit de guerres civiles » (Cass. Pen., sec. 1, arrêt

11 octobre 2006 - 17 janvier 2007, n° 1072, sub 2).

V. - GUERRE, CONFLIT ARMÉ ET CRISE INTERNATIONALE GRAVE

Le régime des conflits dans le système juridique italien est compliqué non seulement par l'absence notoire de normes explicites sur ce qu'il faut entendre par guerre internationale, que le droit pénal rapproche du conflit armé, mais aussi par l'introduction tout à fait imprécise du concept de *crise internationale grave*.

Au niveau de la législation, l'article 2 de la loi n° 331 du 14 novembre 2000 assimile une « crise internationale grave dans laquelle l'Italie est directement impliquée ou en raison de son appartenance à une organisation internationale » entraînant le recours aux forces armées, à l'état de guerre visé à l'article 78 de la Constitution.

Par la suite, le Code de l'ordre militaire a réaffirmé dans nombre de ses dispositions le rapprochement de l'état de guerre (*hypothétiquement déclarable en vertu de la Constitution*) à la *crise internationale grave* (*dont il n'est toutefois pas expressément indiqué comment elle doit être comprise et comment elle doit être déclarée ou constatée*) (v. décr. lég. n° 66 du 15 mars 2010, art. 370, 621, 1017, 1326, 1929, 1942, 2057, 2097). Ces dispositions soulignent que le respect de la valeur constitutionnelle de la paix et les raisons d'opportunité qui s'opposent à la mention expresse du terme « guerre » ne peuvent pas éliminer la possibilité ou la réalité de la guerre. *Les notions de crise grave et de conflit armé se sont avérées voisines ou parfois même coïncidentes avec celle de guerre*. Inévitablement, les interventions législatives susmentionnées peuvent être rattachées à des dispositions constitutionnelles antérieures et, en particulier, aux articles 11, 52, 78 et 87, paragraphe 9, et 117, paragraphe 1, de la Constitution.

VI. - LA STRUCTURE DÉCISIONNELLE : LE PARLEMENT ET LE GOUVERNEMENT FACE AU RÔLE ACCRU DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Comme prévu, la Constitution traite directement ou indirectement des compétences des organes

constitutionnels qui sont appelés à prendre des décisions sur des situations de guerre ou de conflit similaire, telles que des crises majeures ou divers types de conflits impliquant l'utilisation de la force armée.

Nonobstant le fait que l'article 117, dans sa version réformée de 2001, souligne que les questions de sécurité et de défense relèvent de la compétence exclusive de l'État, l'article 78 prévoit que tout conflit

Article 78 de la Constitution italienne

Les Chambres décident l'état de guerre et confèrent au Gouvernement les pouvoirs nécessaires.

Article 117 de la Constitution italienne

L'État dispose d'une compétence législative exclusive dans les matières suivantes :

(...) d) défense et Forces armées ; sécurité de l'État ; armes, munitions et explosifs ; (...)

(trad. Prof. Maryse Baudrez, cdpc.univ-tln.fr)

international doit être examiné et tranché dans le cadre d'une convergence entre le Gouvernement et le Parlement, le président de la République jouant un rôle déclaratoire.

Nous savons qu'au fil du temps, cette clause n'a jamais été utilisée concrètement de manière à pouvoir entrevoir la survenance d'une désuétude (comme l'indique le rapport Vidaschi). Mais l'implication des trois organes constitutionnels s'est toujours faite en référence à des décisions impliquant l'utilisation potentielle ou effective de la force armée en l'absence de l'exigence de l'instauration formelle de l'état de guerre. Au niveau des délibérations parlementaires (résolutions et actes législatifs), le recours aux trois organes est confirmé avec un accent

important sur le rôle du chef de l'État. La possibilité d'identifier concrètement la relation entre les organes constitutionnels en cas de conflit - et donc aussi dans le cas actuel de la guerre en Ukraine - est offerte par les réglementations détaillées introduites pour traiter le cas des missions militaires à l'extérieur des frontières. Ces missions peuvent impliquer le recours à la force armée. La législation actuelle, dans un cadre constitutionnel formellement inchangé, ne tient pas compte de l'article 78 et de l'article 87, paragraphe 9, mais respecte un principe directeur, prévu dans les mêmes articles, qui exige la volonté commune du Gouvernement, des chambres du Parlement et du président de la République lorsqu'il s'agit de décider de l'utilisation de la force armée.

Pour comprendre la structure des organes constitutionnels en termes de décisions sur l'emploi des forces armées, l'article 1 lettre a) de la loi 25 du 18 février 1997 (aujourd'hui art. 10, al. 1, lettre a) du décret législatif 66/2010, le soi-disant Code de l'ordre militaire) est significatif. Code de l'ordre militaire) qui régissait le sommet politico-militaire et prévoyait à cette occasion que le ministre de la Défense « mettait en œuvre les résolutions en matière de défense et de sécurité adoptées par le Gouvernement, soumises au Conseil suprême de la défense et approuvées par le Parlement ». Sur la base de cette disposition, bien que ni le moment de l'intervention du Conseil suprême dans le déroulement de la procédure ni la nature des pouvoirs exercés à la suite de la « soumission » à son examen n'aient été clarifiés, le rôle de l'organe ne semble pas être purement formel, puisque le Conseil suprême semble être inclus dans le processus de formation des décisions politiques concernant également la gestion éventuelle des crises internationales. Il existe donc, dans la loi, une phase procédurale intermédiaire entre la décision gouvernementale et l'approbation parlementaire confiée à l'« examen » du Conseil suprême.

Ce sont les situations considérées comme les plus importantes sur le plan politique par les organes qui peuvent influencer l'ordre du jour

(Président de la République et Président du Conseil des ministres) qui devraient conduire à des décisions sur ce qu'il convient d'examiner.

Une clarification de la procédure peut être déduite de la résolution parlementaire bien connue mettant en œuvre l'article 1 de la loi 25/1997 (n° 7-011007 de la commission de la Défense de la Chambre des députés du 16 juin 2001 : *la résolution Ruffino*), dont il ressort quelles devraient être les questions à inscrire à l'ordre du jour du Conseil suprême. Il s'agit de « délibérations à caractère général sur les questions de sécurité et de défense, y compris celles relatives aux critères généraux d'emploi des forces armées » (par. 1). En outre, même si la formulation de la résolution ne brille pas par sa cohérence et que le Conseil n'est pas expressément mentionné, *toutes les délibérations portant spécifiquement sur l'emploi des forces armées à l'étranger* devraient lui être soumises.

L'article 3 de la loi 145/2016 la plus récente prévoit que le Conseil doit être saisi « chaque fois que cela est nécessaire ». En revanche, la législation précédente prévoyait une obligation de soumission au Conseil. Hormis cette incohérence, il reste établi que dans les cas de plus grande importance politique, le Conseil a

pas des missions transfrontalières mais des interventions de guerre, qui ont été menées, entre autres, sans envoyer d'unités militaires sur le territoire d'un État tiers mais avec l'utilisation de la puissance aérienne.

VII. - VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL ET DÉCLENCHEMENT D'UNE GUERRE D'AGRESSION LÉGITIMANT DES MESURES DÉFENSIVES

L'opération militaire spéciale qui a débuté le 24 février a entraîné une violation du droit international coutumier sur l'utilisation de la force et la légitime défense, mais aussi des obligations spécifiques imposées par le pacte à la Fédération de Russie.

Il y a violation manifeste de l'article 2, qui interdit le recours à la force, et de la légitimité d'une défense, même armée, justifiée par l'article 51 de la Charte des Nations unies, qui assure « le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, en cas d'agression armée contre un membre des Nations unies ».

L'agression a provoqué des réactions à différents niveaux. On peut distinguer les réactions résultant de l'utilisation des compétences des organes politiques et les réactions résultant de l'utilisation des compétences des organes juridiques (Iovane).

l'agresseur. Dans sa résolution du 2 mars, l'Assemblée a clairement indiqué qu'il a violé la paix et la sécurité internationales (141 États en faveur de la résolution, 5 contre, 35 abstentions).

En ce qui concerne les mesures d'isolement mises en œuvre par les organisations internationales, la réaction du Conseil de l'Europe est remarquable. Le 25 février, le Comité des ministres a suspendu la Russie de ses droits en tant que membre de ce Comité et de l'Assemblée parlementaire (photo ci-dessous). En prévision d'une expulsion le 10 mars, la Russie a annoncé unilatéralement son intention de se retirer du Conseil de l'Europe en vertu de l'article 7 du Statut.

En ce qui concerne le *profil juridictionnel*, un certain nombre de voies distinctes se sont avérées utilisables.

Tout d'abord, l'Ukraine a engagé une procédure devant la Cour internationale de justice le 27 février 2022. La requête était fondée sur la clause d'arbitrage de l'article IX de la Convention de New York du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. La plainte était accompagnée d'une demande de mesures provisoires en vertu de l'article 41 du Statut de la Cour. Et c'est sur cette demande que la CIJ a fait droit (par treize voix pour et deux contre) à la demande de mesures provisoires de l'Ukraine sur la base de la Convention. La Cour a ordonné à la Russie de « suspendre immédiatement l'opération militaire qu'elle a commencée le 24 février 2022 sur le territoire de l'Ukraine » et de « veiller à ce que toute unité militaire ou d'armée irrégulière qu'elle pourrait diriger ou soutenir, ainsi que toute organisation ou personne qui pourrait être soumise à son contrôle ou à sa direction, ne prenne aucune mesure tendant à la poursuite de l'opération militaire ».

La demande de précaution du Gouvernement ukrainien auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 39 du règlement a été acceptée. La Cour, dans sa mesure de précaution du 10 mars sur la liberté d'information, a estimé que les opérations militaires en



toujours été impliqué, l'accent étant mis sur l'importance de la participation présidentielle. Le Conseil a été saisi non seulement des questions d'intérêt au sens propre des missions, mais aussi des décisions concernant les activités de guerre. Les cas de l'attaque de la Serbie en 1999 et de la Libye en 2011 ne concernaient

En ce qui concerne les *organes politiques*, dans l'impossibilité de recourir utilement au rôle du Conseil de sécurité, paralysé par le droit de veto russe, il a été fait appel à l'Assemblée générale qui, bien que dépourvue de pouvoirs coercitifs, a formulé un vote de censure significatif à l'encontre de

cours, qui ont débuté le 24 février 2022 dans différentes régions d'Ukraine, représentaient un risque pour la population civile et a donc considéré que les conditions d'un danger imminent et d'un préjudice irréparable nécessaires à l'adoption de mesures provisoires et urgentes étaient réunies.

La perspective du rôle de la Cour pénale internationale est intéressante. En effet, les conditions sont réunies pour que la Cour puisse statuer au moins sur le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Toutefois, la Cour ne serait pas compétente pour juger le crime d'agression commis par des citoyens russes. À cet égard, il convient de rappeler que la Cour peut être activée soit par un État partie, soit par le Conseil de sécurité, soit par son procureur. À ce jour, 41 États parties au Statut ont collectivement déféré la situation en Ukraine à la compétence de la Cour en vertu de l'article 13, lettre a), tandis que, de sa propre initiative, conformément à l'article 15, point 3) du Statut, le Bureau du Procureur a engagé la procédure et obtenu l'autorisation d'ouvrir l'enquête le 2 mars 2022. Outre la violation de l'article 2 de la Charte des Nations unies, l'intervention agressive a violé l'engagement pris par la Russie au moment du démantèlement des armes nucléaires sur le territoire ukrainien.

Le *Mémorandum de Budapest* de 1994, en réglementant l'élimination des têtes nucléaires transférées d'Ukraine en Russie, engage la Russie à respecter l'indépendance et la souveraineté de l'Ukraine à l'intérieur de ses frontières d'alors, à s'abstenir de recourir à la menace ou à l'usage de la force contre l'Ukraine s'abstenir d'exercer des pressions économiques sur l'Ukraine pour influencer sa politique ; s'abstenir d'utiliser des armes nucléaires contre l'Ukraine ; et « demander au Conseil de sécurité des Nations unies d'agir immédiatement pour fournir une assistance » en cas de « niveau élevé d'agression » contre le pays. Il y a donc eu une violation flagrante de cet engagement. D'autres violations concernent les accords d'Helsinki de 1972. L'Acte final contient des obligations juridiques impératives, mentionnées dans

quelques titres spécifiques : « I. Égalité souveraine, respect des droits inhérents à la souveraineté ; II. Non-recours à la menace ou à l'emploi de la force ; III. Inviolabilité des frontières ; IV. Intégrité territoriale des États ; V. Règlement pacifique des différends ; VI. Non-intervention dans les affaires intérieures ».

VIII. - LA PRATIQUE ET L'ACTUALITÉ

En ce qui concerne la manière dont les institutions italiennes gèrent la crise ukrainienne, il convient de commencer par une référence à la pratique de ces dernières années, qui dénote un réajustement de l'équilibre décisionnel établi entre les organes

La perspective du rôle de la Cour pénale internationale est intéressante. En effet, les conditions sont réunies pour que la Cour puisse statuer au moins sur le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Toutefois, la Cour ne serait pas compétente pour juger le crime d'agression commis par des citoyens russes.

constitutionnels. Si la lecture des dispositions introduites au niveau législatif semble cohérente avec les caractéristiques de la forme parlementaire du gouvernement, la pratique va dans une direction différente. Le rôle du Parlement en tant que centre de décision et de contrôle des choix politiques relatifs à l'utilisation de l'instrument militaire semble être terni. C'est également le cas dans d'autres systèmes que le système italien. Malgré le rétablissement récent du rôle de guide de certains parlements, la marginalisation substantielle du pouvoir législatif est mise en évidence par l'activisme marqué de l'exécutif pendant l'urgence de la guerre (Vedaschi). Le Gouvernement s'est confondu avec le centre préférentiel de prise de décision, car il est lié aux organes chargés de la sécurité internationale au sein desquels sont

débatues et décidées les principales options à mettre en œuvre au niveau national. Cela exige souvent une mise en œuvre immédiate qui n'est pas facilement réalisable au sein du Parlement. Le Gouvernement, quant à lui, est affecté par le fait que le président de la République assume un rôle décisionnel marqué. À cet égard, le Conseil suprême s'est avéré être le forum le plus efficace et le plus utile pour faire face rapidement à l'urgence. Il devient ainsi, ne serait-ce que dans le moment contingent de l'urgence, une sorte de *cabinet de crise* dans lequel convergent le Premier ministre, les ministres et les chefs militaires.

Il est évident qu'il existe des situations critiques dans lesquelles le Conseil peut servir de *forum de codécision* au Gouvernement et au Président dans l'adoption de choix concernant les questions de sécurité internationale. Il y a donc des occasions où le président de la République peut effectivement participer à la prise de décision en matière de défense et de missions à l'étranger, comme l'indique l'expérience passée.

Ce qui s'est passé dans les relations entre les organes constitutionnels démontre clairement l'altération d'une conformité idéale avec les critères découlant de l'ordre constitutionnel. La fonction du Conseil suprême de défense est d'assurer la garantie des valeurs constitutionnelles en matière de défense, alors que les délibérations en la matière seraient d'abord adoptées par le Gouvernement et seulement ensuite soumises à l'examen du Conseil suprême, et non l'inverse. Si l'inversion se produit, l'effet tangible est que le président de la République « dans » le Conseil suprême, l'organe de garantie, met le Conseil des ministres, l'organe de direction politique, devant un fait accompli (v. Benvenuti).

Dans le cas de la crise ukrainienne, le Conseil s'est réuni le 24 février et, d'après le communiqué publié à l'issue de la réunion, il est difficile de nier que l'orientation de la politique nationale sur la crise ukrainienne a été définie à cette occasion. La réunion du Conseil des ministres n'a eu lieu que le lendemain, après que le président du Conseil des ministres ait fait un

exposé devant les chambres du Parlement. Le Conseil des ministres a approuvé le décret-loi intitulé « Dispositions urgentes sur la crise en Ukraine », qui a ensuite été promulgué et publié en tant que décret-loi n° 14 de 2022, également le 25 février 2022, et a résolu la « déclaration de l'état d'urgence pour l'intervention à l'étranger en raison de la situation d'urgence grave sur le territoire de l'Ukraine ». Une deuxième fois, le Conseil des ministres s'est réuni le 28 février 2022 pour approuver un autre décret-loi, intitulé « Nouvelles mesures urgentes pour la crise en Ukraine », qui a ensuite été promulgué et publié en tant que décret-loi n° 16 de 2022, également le 28 février 2022, et a délibéré sur la « déclaration de l'état d'urgence en relation avec la nécessité d'assurer l'aide et l'assistance à la population ukrainienne sur le territoire de l'Ukraine en raison de la grave crise internationale au sommet ». À cet égard, il semble singulier que dans une situation substantielle d'état de guerre entre deux États étrangers, l'état d'urgence au titre du Code de protection civile soit invoqué au niveau national. Alors qu'avec le premier décret-loi, l'Italie s'était limitée à autoriser « le transfert gratuit de moyens et d'équipements militaires de protection non létaux aux autorités gouvernementales de l'Ukraine » (art. 2), le deuxième décret-loi a établi le « transfert direct de moyens, de matériels et d'équipements militaires ».

Comme cela a été souligné (Benvenuti), tant le décret-loi n° 14 que le décret-loi n° 16 soulèvent des doutes non marginaux. Le premier prétend « déroger » à la loi n° 145 de 2016, aux fins du lancement et de la poursuite pour 2022 de la participation de l'Italie à certaines missions et, en outre, prévoit le « transfert, à titre gratuit, de moyens et d'équipements de protection militaire non létaux aux autorités gouvernementales de l'Ukraine ». La seconde déroge à la loi n° 185 de 1990 et aux articles 310 et 311 du décret législatif n° 66 de 2010 (le Code de l'ordre militaire) pour 2022 et, en particulier, prévoit le « transfert de

moyens, de matériel et d'équipement militaires aux autorités gouvernementales de l'Ukraine ». Mais en réalité, aucune dérogation n'aurait été nécessaire puisque la participation à des missions et le transfert de matériel d'armement auraient déjà pu être effectués en vertu et aux fins, respectivement, de la loi n° 145 de 2016 et de la loi n° 185 de 1990 (ainsi que des art. 310 et 311 du Code de l'ordre militaire).

Le deuxième décret-loi prévoit que le transfert d'armements doit être précédé d'un acte d'orientation parlementaire (art. 1, par. 1), modifiant ainsi la disposition précédente qui ne prévoyait pas cette condition. Toutefois, il ne faut pas oublier que le Code de l'ordre



militaire prévoit « l'avis préalable contraignant des commissions parlementaires compétentes » (art. 311, al. 2) pour le transfert dans tous les cas. Les résolutions des deux chambres du 1^{er} mars ont légitimé le transfert dans tous les cas. Cela n'a pas entièrement levé la perplexité quant au rôle réduit de l'intervention parlementaire, caractérisé par une adhésion presque totale à la décision gouvernementale. Ceci est justifié par le climat de solidarité et de consensus pour les choix de l'exécutif produit en période de gouvernement d'unité nationale. Des remarques critiques sur l'absence de procédures de contrôle des choix du Gouvernement subsistent. En particulier, il a été noté que le manque de contrôle des commissions permanentes de la Chambre et du Sénat n'a pas trouvé de substitut dans l'intervention du Comité parlementaire pour la sécurité de la République (COPASIR), qui a abordé le sujet lors d'une audition le 2 mars. En effet, cette commission a notamment pour fonction de vérifier que « les activités du système d'intelligence de sécurité sont menées

dans le respect de la Constitution », mais n'intervient pas dans la politique étrangère et de défense.

IX. - L'ENVOI D'ARMES ET RESPECT DE L'ARTICLE 11 DE LA CONSTITUTION

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'interprétation de l'article 11 doit être liée à l'article 51 de la Charte des Nations unies, qui laisse intact « le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas d'attaque armée contre un membre des Nations unies, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». En outre, le recours à l'interprétation conforme au droit international

permet de comprendre ce que signifie la guerre défensive, étant donné que le droit international coutumier reconnaît le droit de légitime défense individuelle et collective en autorisant l'intervention armée d'États tiers en faveur de l'agressé. Dans l'affaire *Nicaragua c. États-Unis*, la Cour internationale de justice a déclaré que le principe de l'interdiction du recours à la force, inscrit à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, doit être mis en corrélation avec l'article 51 en permettant au droit coutumier d'aider l'État victime d'une agression (CIJ, *Rec.*, 1986, 100, par. 176). Il existe donc une norme coutumière qui légitime l'aide. Et la coutume internationale a un statut constitutionnel, par le biais de l'article 10, 1) de la Constitution. On ne peut donc pas considérer le dictat de l'article 11 séparément de la lecture de ces coutumes. En d'autres termes, l'article 11 n'interdit pas le recours à la force pour assister un État qui réagit à une attaque armée. En se limitant donc à l'appréciation du secours apporté à l'agressé par l'envoi d'armes, il apparaît que celui-ci est conforme au droit international et n'est donc pas contraire à l'article 11. Il convient donc de souligner comment le droit international « s'engage » dans le droit constitutionnel » (Iovane). En ce qui concerne la question ukrainienne, comme l'a confirmé l'Assemblée générale des Nations unies, une

agression totalement injustifiable au regard du droit international est en cours, à laquelle l'Ukraine réagit en état de légitime défense.

La décision du Gouvernement n'est pas contraire à la loi n° 185 du 9 juillet 1990, qui régleme l'exportation, l'importation et le transit de matériel d'armement. Elle interdit l'exportation et le transit d'armements en cas de « contradiction avec la Constitution, avec les engagements internationaux de l'Italie et avec les intérêts fondamentaux de la sécurité de l'État, de la lutte contre le terrorisme et du maintien de bonnes relations avec les autres pays, ainsi qu'en l'absence de garanties adéquates sur la destination finale des matériels » (art. 1, par. 5). Elle interdit

ensuite les exportations et le transit « vers les pays en situation de conflit armé, en contradiction avec les principes de l'article 51 de la Charte des Nations unies, sans préjudice des obligations internationales de l'Italie ou des différentes résolutions du Conseil des ministres, adoptées après avis des Chambres » (art. 1, 6)). La situation est différente lorsque le conflit découle d'une agression subie et répond donc aux exigences de la légitime défense conformément à l'article 51 de la Charte. Dans ce cas, l'exportation apparaît légitime.

L'envoi d'armements à une armée régulière opérant exclusivement sur le territoire de son propre État ne constitue pas un recours illégitime à la force contre la partie belligérante et

doit être considéré comme un soutien à l'exercice de l'autodéfense individuelle par l'Ukraine. En conclusion, la ligne politique suivie par l'Italie pour faire face à l'urgence ukrainienne semble respecter les clauses de l'article 11 en relation avec les exigences de la Charte des Nations Unies. ■ (trad. Michaël Bardin)

1. La rédaction remercie chaleureusement le Professeur Giuseppe de Vergottini d'avoir autorisé la revue à publier une version française de ses *Remarques conclusives* formulées à l'occasion du séminaire d'étude de l'Association italienne des constitutionnalistes portant sur *La démocratie et les constitutions à l'épreuve de la guerre*, le 16 mars 2022.

■ Société

L'apport des connaissances scientifiques dans les processus de décision publique

Réflexions à partir des expériences italienne et française à l'occasion de la crise pandémique

1. - L'apport des connaissances scientifiques dans les processus de décision publique s'est accru au fil des années, atteignant son apogée lors de la crise pandémique face à la propagation mondiale d'un virus encore inconnu et à la nécessité d'endiguer sa propagation. Cependant, l'intervention de la science dans les processus de décision publique n'est pas du tout nouvelle, mais elle apparaît consolidée en matière de protection de la santé publique, ainsi qu'en matière d'environnement et plus généralement dans tous les domaines où la décision publique est nécessairement basée sur des connaissances scientifiques¹. Par ailleurs, dans le système juridique italien, la Cour constitutionnelle a affirmé dans de nombreuses décisions l'existence d'une « réserve scientifique », une sorte de devoir du législateur et, en général, du décideur politique de fonder ses décisions sur des connaissances scientifiques dans le cas où le processus décisionnel implique des évaluations techniques².

Cela ne veut pas dire que la présence d'expertises scientifiques doit conduire à éliminer la marge d'appréciation du décideur politique puisque la tâche des experts n'est pas de se substituer à ce dernier, mais d'envisager les différentes solutions possibles sur la base de preuve scientifique. Parmi ces solutions, le décideur est appelé à orienter ses choix, étant

entendu que par rapport aux scientifiques, qui fondent leurs indications exclusivement sur des connaissances scientifiques, le décideur politique doit concilier une pluralité d'aspects et de situations juridiques. Cependant, on peut légitimement s'interroger sur le rôle des uns et des autres à l'occasion de la crise pandémique tant, durant cette période, les processus de consultation des scientifiques et des experts ont été fondamentaux, d'abord pour identifier les mesures à prendre pour contrer la propagation de l'urgence pandémique et, ensuite, pour définir une stratégie de retour à la normalité. Afin de donner une réponse à cette question, l'utilisation des connaissances scientifiques dans la prise de décisions publiques pendant la crise pandémique



sera analysée par le prisme des expériences italienne et française qui constituent des expériences très proches, par l'institution, dès le début de la crise pandémique, de comités scientifiques (*Comitato tecnico scientifico* en Italie, Conseil scientifique Covid-19 en France) appelés à assister l'exécutif dans l'adoption des mesures concernant la gestion de la crise.

2. - Face à l'émergence de la crise pandémique, dans les deux ordres juridiques, italien et français, il y a eu une centralisation des pouvoirs dans les mains de l'exécutif. Cependant, en France l'intervention du pouvoir exécutif remonte à la déclaration d'un état d'urgence spécifique. Quant au système juridique italien, la gestion de la crise pandémique (surtout dans ses premières phases) a été fondée sur des interventions gouvernementales sous forme de décrets-lois et arrêtés du Président du Conseil des ministres visant à faire face à l'urgence

épidémiologique et sanitaire en fonction de son évolution (sur le rôle du gouvernement italien dans la gestion de la crise pandémique, E.C. RAFFIOTTA, « I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti », *Rivista AIC*, 2021, 2 ; E. LONGO, M. MALVICINI, « Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da Covid-19 », *federalismi.it*, 2020, 2). Il est clair qu'une telle intervention ne peut en aucun cas se passer de la consultation constante d'experts. Afin

de répondre à ce besoin, avec l'ordonnance n° 630 du 3 février 2020 du Chef du Département de la Protection civile, un Comité technico-scientifique a été créé avec compétence en matière de protection de la santé publique. La composition de ce comité a été définie par l'art. 2 de cette même ordonnance, qui a sanctionné le pouvoir du Chef du Département de la Protection civile de faire appel à un comité, mis en place avec ses propres dispositions, composé du Secrétaire général du ministère de la Santé, du Directeur général de la Prévention sanitaire du ministère de la Santé, du Directeur de la coordination des Bureaux de Santé maritime, aérien et frontalier du ministère de la Santé, par le Directeur scientifique de l'Institut national des maladies infectieuses « Lazzaro Spallanzani », par le Président de l'Institut supérieur de la Santé, par un représentant de la Commission de la Santé désigné par le Président de la Conférence des Régions et Provinces Autonomes et par le coordonnateur du Bureau de Promotion et d'Intégration du Service national de la Protection civile. Dès sa création, la possibilité de faire évoluer la composition du Comité en fonction de besoins spécifiques a été envisagée.

Sur cette base, la composition du Comité technico-scientifique a été modifiée à plusieurs reprises au cours de l'urgence pandémique mais plus globalement, ce qu'il est pertinent de souligner, tient à la manière dont l'ordonnance n° 630 a conçu ce Comité technico-scientifique comme un organisme technique placé en appui au Chef du Département de la Protection civile. Dans la pratique, le Comité a principalement fonctionné comme un organe

consultatif du gouvernement. Cette activité exercée à l'appui de l'exécutif a trouvé une première reconnaissance formelle dans l'art. 2, alinéa 1^{er} du décret législatif n° 19 du 25 mars 2020. Cet article prévoyait que pour des raisons technico-scientifiques ou encore pour des questions d'évaluations d'adéquation et de proportionnalité, les décisions de l'exécutif étaient généralement adoptées après consultation du Comité. Cependant, il est important de souligner qu'avant le 25 mars 2020, le gouvernement italien avait d'ores et déjà adopté des mesures importantes pour contrer la propagation de la pandémie sur la base de relations informelles avec ce même Comité technico-scientifique.

Dans le système juridique français, la gestion de l'urgence pandémique, contrairement à ce qui a été observé en Italie, reposait sur un modèle fortement procéduralisé dans lequel tant l'intervention de l'exécutif

que celle du Comité technico-scientifique trouvaient son ancrage dans le cadre législatif de l'état d'urgence sanitaire (à ce sujet, v. notamment, S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF*, 2020, 13). Cet état d'urgence, introduit à l'occasion de la crise pandémique par la loi du 23 mars 2020 et aujourd'hui abrogé par la loi du 30 juillet 2022, a trouvé sa discipline dans l'art. 3131-12 et suivants du Code de la santé publique, qui prévoyait que l'état d'urgence

sanitaire pouvait être déclaré sur tout ou partie du territoire national en présence d'une catastrophe sanitaire qui, par sa nature et sa gravité, pouvait mettre en danger la santé de la population. L'article 3131-13 du même code prévoyait la déclaration de l'état d'urgence sanitaire par arrêt motivé pris en Conseil des ministres, après avis du ministre de la Santé, avec publication des données scientifiques sur la base desquelles l'état d'urgence avait été déclaré.

L'importance des données scientifiques s'est inscrite dans la durée puisque l'avis du Comité technico-scientifique était indispensable tant pour la prolongation que pour la cessation de l'état d'urgence sanitaire. En particulier, l'état d'urgence sanitaire était valable trente jours. En cas de nécessité d'une prolongation, celle-ci ne pouvait être mise en œuvre qu'avec une autorisation législative préalable, après avoir entendu l'avis du Comité technico-scientifique. L'avis du Comité technico-scientifique apparaissait également fondamental aux fins de la cessation anticipée de l'état d'urgence qui ne pouvait être ordonné que par décret du Conseil des ministres avec l'avis préalable de l'organisme scientifique.

Les expériences évoquées jusqu'ici permettent de mettre en évidence des différences significatives entre les modèles italien et français. La première différence se trouve dans le moment où ces comités technico-scientifiques se sont imposés. Comme indiqué précédemment, dans le système juridique italien, le Comité technico-scientifique a trouvé son fondement dans l'ordonnance du Chef du Département de la Protection civile du 3 février 2020. L'article 2, également précité, met en évidence une composition du



Ministero della Salute

Comité technico-scientifique fondée sur la présence de hauts fonctionnaires, mettant ainsi l'accent sur des profils bureaucratiques. Outre le fait que la pratique a placé *de facto* le comité en soutien à l'exécutif, on notera que cette activité consultative exercée donc en faveur de l'exécutif n'a trouvé sa première reconnaissance que dans l'art. 2, ch. 1, du décret législatif n° 19 du 25 mars 2020.

En revanche, dans l'ordre juridique français, l'institution du Comité technico-scientifique avait une base législative. En effet, en France la mise en place du Conseil scientifique appelé à accompagner l'exécutif par rapport à la définition des mesures pour faire face à la crise pandémique a trouvé son fondement dans l'art. 3131-19 du Code de la santé publique. Cette disposition, également abrogée par la loi du 30 juillet 2022 prévoyait qu'en cas de déclaration de l'état d'urgence sanitaire, un conseil scientifique était convoqué sans délai.

(...) si, à l'origine, le système juridique italien ne prévoyait aucune forme de publicité et d'accessibilité aux procès-verbaux des réunions et aux avis rendus par l'organisme, à la suite de l'intervention du juge administratif, leur publication a été prévue une fois passé un délai de quarante-cinq jours (après la réunion).

Une deuxième différence entre les modèles italien et français se trouve dans la composition des deux organismes : alors que le modèle italien appelait les dirigeants des administrations chargés de la protection de la santé publique à intégrer la composition du Comité technico-scientifique, le législateur français a confié au pouvoir politique les modalités de composition du Conseil scientifique. Ainsi, le président de l'organisme français relève du chef de l'État et les autres membres sont choisis par les présidents des Chambres et par le ministre de la Santé. Un tel critère de nomination soulève des doutes quant à l'indépendance de l'organe technique mis en place. Dans la doctrine, certains ont souligné comment il peut trouver une explication dans la tentative de reconduire l'usage de l'expertise au circuit démocratique à travers la participation des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat (à ce sujet, v. notamment, A. GELBLAT, L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2020 ; J. CHEVALLIER, « Expertise scientifique et décision politique », *RDSS*, 2020, 831). Face à une telle explication, il convient toutefois de s'interroger sur l'opportunité de ramener les connaissances scientifiques et, par conséquent, la constitution et le fonctionnement des comités technico-scientifiques aux circuits de la légitimité démocratique. Cependant, la nomination des membres du Conseil scientifique par des autorités politiques apparaît conforme aux fonctions exercées par cet organisme qui, dans l'ordre juridique français, s'intègrent pleinement dans les rapports entre l'exécutif et le législatif. En effet, l'art. 3131-19 du Code de la santé publique, à la différence de la faible

législation italienne, réglementait en détail les attributions du Conseil scientifique en prévoyant qu'il appartenait à cet organe de donner un avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, sur les connaissances scientifiques et sur les mesures nécessaires pour y mettre fin ainsi que sur leur durée. Ses avis étaient transmis simultanément, par le président du Conseil lui-même, au Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat.

Le Parlement pouvait exercer un contrôle sur les travaux du gouvernement sur la base des avis émis par le Conseil scientifique. La place du Conseil dans la dynamique qui caractérise les relations entre le gouvernement et le Parlement se déduit également de son intervention nécessaire lors de la prolongation et de la cessation anticipée de l'état d'urgence, puisque ses avis ont servi de base au Parlement pour autoriser la prorogation de l'état d'urgence par voie législative et au gouvernement pour déclarer la fin anticipée de l'état d'urgence.

Une procéduralisation et une contextualisation similaires de l'intervention de l'organisme technico-scientifique dans les relations entre le Parlement et le Gouvernement ne se retrouvent pas dans le système juridique italien, où les relations institutionnelles du Comité technico-scientifique ont été basées sur des schémas informels.

Un autre élément de différenciation concerne le régime de publicité et d'accessibilité des actes du Comité technico-scientifique : si, à l'origine, le système juridique italien ne prévoyait aucune forme de publicité et d'accessibilité aux procès-verbaux des réunions et aux avis rendus par l'organisme, à la suite de l'intervention du juge administratif, leur publication a été prévue une fois passé un délai de quarante-cinq jours (après la réunion)³. Cela dit, s'il s'agit d'une publication qui permet bien une forme d'accès et de contrôle sur les travaux du comité, elle ne se caractérise pas pour sa rapidité.

Toujours en ce domaine, les garanties de transparence de l'activité du Conseil scientifique apparaissent plus importantes en France puisque l'art. 3131-19 du Code de la santé publique exigeait que les avis de la commission soient rendus publics sans délai.

Après avoir tracé les principales différences entre les expériences italienne et française, il est possible de faire des réflexions plus larges sur les deux modèles de recours à l'expertise.

À la lumière des profils tracés jusqu'à présent, l'expérience italienne semble se caractériser par plus de garanties d'indépendance dans la phase de nomination des membres du Comité technico-scientifique par rapport au modèle français, notamment compte tenu de l'origine de membres du comité. Cependant, ces garanties d'indépendance ne doivent pas être surestimées, car la composition originale du Comité a été modifiée à plusieurs reprises par ordre du Chef du Département de la Protection civile. En ce qui concerne le fonctionnement, des garanties plus importantes sont offertes par le modèle français en raison du haut niveau de procéduralisation de l'activité du Conseil et de la protection accordée au principe de transparence.

En définitive, on peut dire que si les deux modèles, italien et français, ont été mis en place à l'occasion de la crise pandémique, ils sont l'expression de deux modèles

profondément différents de prise en compte des connaissances scientifiques dans le processus de décision publique. Ces différences émergent tout autant lors de la constitution de l'organisme, que dans les pouvoirs attribués, le niveau de procéduralisation de l'activité ou encore les garanties d'indépendance et de transparence.

Diverses options s'offrent donc au décideur politique lorsqu'il recourt à l'aide de comités technico-scientifiques. Au-delà des différences illustrées, il convient toutefois de vérifier si des modèles similaires garantissent l'adoption de décisions « purement fondées » sur des données scientifiques ou seulement à l'adoption de décisions « guidées » par la science.

3. - Il convient de vérifier si l'intervention des experts peut produire des effets contraignants par rapport aux décisions à prendre ou s'il est possible pour le décideur politique de s'éloigner des avis émis par les experts.

Pour comprendre ces situations, il paraît utile de s'attarder sur l'expérience française dans laquelle des pouvoirs importants ont été reconnus au Conseil scientifique mis en place à l'occasion de la crise pandémique. En particulier, il est possible d'observer comment l'organe français a bénéficié d'une grande liberté pouvant rendre ses avis non seulement à la demande du Gouvernement ou du Parlement, mais aussi sur la base d'enquêtes menées de manière autonome.

Par ailleurs, le Conseil scientifique français disposait d'importantes prérogatives. L'art. 3131-19 du Code de la santé publique prévoyait, en effet, qu'il devait rendre un avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, sur les connaissances scientifiques et sur les mesures nécessaires pour y mettre fin, ainsi que sur la durée de celui-ci.

Il s'agissait donc d'un champ d'intervention particulièrement large qui laissait penser que la réponse du système français à la crise pandémique n'était pas seulement fondée sur des données scientifiques, mais guidée par ces dernières. Une telle conclusion semblerait prouver, notamment par les dispositions du Code de la santé publique qui imposaient de justifier la déclaration d'état d'urgence sanitaire sur la base de données scientifiques, que la prorogation, comme la cessation anticipée, de ce régime ne pouvait intervenir qu'en accord

avec le Conseil. Ainsi conçue, l'incidence de l'activité des experts devient maximale et conduirait à affirmer l'existence d'un effet contraignant.

Cependant, il convient d'éviter toute conclusion trop hâtive. En effet, il apparaît nécessaire de distinguer le cas où des données scientifiques sont invoquées pour justifier la déclaration de l'état d'urgence, sa prorogation et sa cessation anticipée des autres cas où l'intervention du Conseil scientifique a été législativement prévue.

À la lumière de ces dernières considérations, il semblerait possible d'affirmer que la loi n° 290 de 2020, en réformant le Code de la santé publique a introduit des hypothèses de décisions publiques guidées par la science, concernant précisément la déclaration, la prolongation et la cessation anticipée de l'état d'urgence.

En parallèle, en ce qui concerne les autres domaines d'intervention du Conseil scientifique français, il est possible d'observer que dans une phase initiale de la crise pandémique le gouvernement s'est conformé précisément aux indications du Conseil, avant de s'en éloigner progressivement une fois les phases les plus aiguës dépassées.

Un *modus operandi* similaire peut être remarqué, par exemple, en ce qui concerne l'identification du moment de la cessation des mesures de distanciation sociale ou l'utilisation de masques faciaux. Par ailleurs, le Conseil d'État français a délimité le champ d'intervention du Conseil scientifique en jugeant qu'il n'appartenait pas au Gouvernement de soumettre à l'avis préalable de l'organisme chacune des mesures qu'il entend adopter (CE, ord. 10 juillet 2020, n° 441316).

De tels cas permettent de mettre en évidence que si les avis rendus par les comités technico-scientifiques fixent une limite à la discrétion du décideur politique, il ne semble cependant pas possible de leur conférer un effet contraignant de manière généralisée. L'expert ne se substitue pas au sujet appelé à décider, il se limite à proposer les différentes options possibles.

Outre les conséquences juridiques, il est possible de s'interroger sur les conséquences politiques du choix de s'éloigner de l'avis des experts. En effet, une relecture de la relation entre experts et décideurs politiques en termes

de consensus politique n'apparaît pas trompeuse. Au contraire, cet aspect semble constituer une clé utile pour comprendre les raisons de l'adhésion totale de l'exécutif aux avis exprimés par les scientifiques dans la phase la plus aiguë de la crise pandémique, alors qu'au fil du temps il y a eu un éloignement progressif surtout lorsque les experts ont exprimé la nécessité de prolonger la durée des mesures restrictives des droits et libertés des individus.

4. - Une fois cette reconstruction effectuée dans une approche comparative, il semble opportun



de se demander quelles sont les leçons à tirer de la pandémie en matière d'intervention des organismes technico-scientifiques dans les processus de décision publique. Le schéma utilisé par les expériences italienne et française démontre qu'il est possible de distinguer des constatations concernant la phase constitutive des comités technico-scientifiques, la réglementation des fonctions, les garanties d'indépendance et de transparence de l'activité menée par les comités.

Sur la phase constitutive, l'analyse effectuée a permis de constater l'existence de différentes sources grâce auxquelles les comités peuvent trouver ses fondements et ceux de différentes modalités de désignation des membres. En ce qui concerne les modalités de désignation des membres des comités technico-scientifiques, ceux-ci doivent toujours être identifiés sur la base de leurs compétences scientifiques reconnues. En supposant cette exigence, il a été possible de mettre en évidence comment, à l'occasion de la crise pandémique, le modèle italien de désignation s'est caractérisé par une bureaucratie marquée, faisant appel aux dirigeants des administrations et des organismes compétents dans le domaine de la protection de la santé publique. Un modèle de désignation similaire présente un double avantage : d'une part, il constitue une garantie d'impartialité des membres du Comité et, d'autre part, il permet à ce dernier d'avoir un lien stable avec les administrations auxquelles appartiennent ses membres. En revanche, le mécanisme de désignation des membres du Conseil scientifique français à l'occasion de la crise pandémique présentait des traits politiques marqués, tout en ayant l'ambition d'insuffler un caractère démocratique au choix des membres à travers la nomination de certains membres par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat.

Un tel mode de nomination pose des questions sur l'opportunité de confier cette fonction à des dynamiques politiques, ainsi que sur l'indépendance des experts appelés à faire partie du Conseil scientifique. Par ailleurs, l'indépendance constitue un élément essentiel pour analyser l'activité exercée par les comités : il est clair, en effet, que l'incidence des pouvoirs attribués aux comités diminue en cas de doute sur l'indépendance des membres. Outre les garanties d'indépendance, l'expérience de la pandémie a mis en évidence l'importance du respect du principe de transparence. En la matière, ces garanties permettent d'avoir connaissance de l'activité menée par les comités technico-scientifiques et, notamment, permettent d'évaluer la correspondance des choix du décideur politique avec les avis rendus par lesdits comités. La transparence et l'accessibilité aux avis apparaissent cependant importantes non seulement pour apprécier la conformité et la légitimité des choix opérés, mais aussi pour évaluer leur proportionnalité et adéquation.

L'expérience de la pandémie a également mis en évidence l'importance de respecter le principe de transparence afin d'éviter que le décideur politique ne cache des décisions prises en toute indépendance derrière des avis scientifiques non accessibles et non vérifiables. En réalité, un tel risque - défini par la doctrine comme « syndrome du

paravent » (cette expression est utilisée par L. STARCK, « Science, expertise et décisions politiques », *Civitas Europa*, 2020/2, p. 10) - continue d'exister, bien que sous une forme différente, même si l'accès aux avis et procès-verbaux de l'organisme scientifique est garanti. En effet, ce « paravent » pourrait être exploité par le décideur politique afin de faire porter au comité la responsabilité de l'adoption de décisions impopulaires. À la lumière de toutes les réflexions menées jusqu'à présent, l'importance d'adopter une réglementation détaillée concernant la constitution et le fonctionnement des comités technico-scientifiques s'impose.

L'adoption d'une réglementation détaillée apparaît susceptible de constituer une garantie pour les citoyens quant à l'intervention d'organismes similaires, de plus en plus impliqués dans les processus décisionnels. Des garanties encore plus importantes peuvent être trouvées là où le décideur politique, au lieu de constituer des comités technico-scientifiques *ad hoc*, a recours à des organismes de ce type mais préexistants, ancrés dans la loi. Dans de tels cas, en effet, il ne sera pas nécessaire d'introduire une nouvelle réglementation concernant le fonctionnement de l'organisme technico-scientifique, puisque des structures déjà présentes dans le système juridique et disposant d'un appareil organisationnel consolidé seront utilisées. Ces considérations ont une certaine utilité compte tenu de l'impact croissant des connaissances scientifiques dans le

(...) L'expérience de la pandémie a également mis en évidence l'importance de respecter le principe de transparence afin d'éviter que le décideur politique ne cache des décisions prises en toute indépendance derrière des avis scientifiques non accessibles et non vérifiables. En réalité, un tel risque est défini par la doctrine comme le « syndrome du paravent » (...)

cadre des décisions publiques. À cet égard, il convient toutefois de noter que, malgré le recours croissant aux avis scientifiques, nous sommes encore loin de l'adoption « généralisée » de décisions guidées par la science et de la substitution des experts au décideur politique.

Les experts continuent à présenter les différentes options possibles au décideur, offrant un éventail de choix plus ou moins large. Cependant, ce dernier relèvera de la responsabilité exclusive du sujet appelé à décider, qui pourra s'écarter de l'avis scientifique en raison de la nécessité de prendre en compte d'autres situations juridiques impliquées. Au contraire, le risque que la crise pandémique a mis en évidence est celui d'une exploitation de la science, en raison de la possibilité de rappeler des avis scientifiques, comme écran en cas d'adoption de décisions impopulaires. Afin d'écarter un tel risque, il est nécessaire d'imposer le strict respect des garanties d'indépendance et de transparence qui permettent d'effectuer un contrôle tant sur l'activité des organismes technico-scientifiques que sur l'activité du sujet appelé à décider, qui ne pourra ainsi se soustraire à ses responsabilités. ■ **Claudia Marchese**

1. Concernant l'apport des connaissances scientifiques dans les processus de décision publique, v. A. IANNUZZI, *Il diritto*

capovolto. *Regolazione a contenuto tecnico scientifico e Costituzione*, Naples, Ed. Scientifica, 2018 ; A. IANNUZZI, « Leggi “science driven” e CoViD-19 », *BioLaw Journal*, 2020, 1, 119 ; G. RAGONE, « Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica », *Quad. cost.*, 2022, 1, 73 ; G.M. FLICK, « Un cortocircuito tra ricerca scientifica, decisione politica e informazione ai tempi della pandemia », *Cass. pen.*, 2022, 1, 48 ; L. BUSATTA, « Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento, e soggetto della regolazione », *costituzionalismo.it*, 2021, 1 ; M. MORVILLO, « Between Politics and Expertise: an Italian Perspective on Constitutional Law and Scientific Legitimacy », *European journal of Risk Regulation*, 2016, 3, 475.

2. Cour const., arrêts n^{os} 282/2002, 185/1998, 151/2008, 162/2014 et 5/2018. Dans la doctrine italienne, v. Q. CAMERLENGO, « Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche », *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 5, 695 ; R. BIN, « La Corte e la scienza », in A.D'Aloja (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia*

costituzionale, Turin, Giappichelli, 2005 ; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messine, SGB, 2008 ; C. CASONATO, « La scienza come parametro interposto di costituzionalità », *Rivista AIC*, 2016, 2 ; G. RAGONE, *Empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Turin, Giappichelli, 2020.

3. Dans le système juridique italien, la publication des verbaux du comité technico-scientifique a été ordonnée par le Tribunal administratif de la Region Lazio avec un arrêt du 22 juillet 2020, no. 86 qui a déclaré illégitime le refus opposé par le Département de la Protection Civile à l'accès civique généralisé concernant les verbaux du comité technico-scientifique mentionnés dans les documents gouvernementaux. La décision du Tribunal administratif régional a fait l'objet d'un recours, mais dans l'attente du jugement devant le Conseil d'État, le Gouvernement a ordonné de rendre accessibles les verbaux des réunions déjà tenues par le comité technico-scientifique et de mettre en ligne les verbaux des réunions postérieures à la date du 4 septembre 2020 une fois passé quarante-cinq jours de la réunion.

■ Réforme constitutionnelle

La réforme constitutionnelle du 11 février 2022 : les animaux, l'environnement et l'intérêt des générations futures font leur entrée dans le texte constitutionnel

Lorsqu'elle présentait le rapport de la proposition de loi constitutionnelle (lors de la séance du 23 mars 2021), la sénatrice Alessandra Maiorino (M5S) soulignait que les forces politiques en adoptant cette réforme constitutionnelle assumaient « enfin » leurs responsabilités. La loi constitutionnelle n° 1 était votée avec un soutien politique sans précédent et entré en vigueur le 9 mars 2022. Cette loi constitutionnelle emporte une modification des articles 9 et 41 de la Constitution.

L'article 41 est désormais rédigé de la sorte :

« L'initiative économique privée est libre.

Elle ne peut s'exercer en contradiction avec l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine, à la santé, à l'environnement.

La loi détermine les programmes et les contrôles appropriés pour que l'activité économique publique et privée puisse être conduite et



coordonnée vers des fins sociales et environnementales »¹.

L'alinéa 2 de l'article 9 est, quant à lui, depuis formulé, comme suit :

« (La République) protège le paysage ainsi que le patrimoine historique et artistique de la Nation. Elle protège l'environnement, la biodiversité et les écosystèmes, également dans l'intérêt des générations futures ».

La protection des animaux entre également dans le champ constitutionnel avec la révision de

l'alinéa 3 de l'article 9 qui dispose dorénavant :

« La loi de l'État régit les modes et les formes de protection des animaux ».

Cette révision a été adoptée à la grande surprise du scrutateur étranger qui est plutôt habitué à commenter les échecs des révisions constitutionnelles en Italie. En effet, l'adoption de ce texte est surprenante car les révisions constitutionnelles y ont plutôt un sort tragique en raison de la nécessité d'obtenir

un consensus politique mais aussi en raison de la procédure de révision qui est rigide. Pour rappel, la procédure de révision de la Constitution prévue par l'article 138 nécessite l'accord des deux chambres du Parlement lors de deux délibérations et le soutien de la majorité absolue des membres de chaque chambre lors de la seconde délibération. Cette révision de la Constitution s'est déroulée selon un agenda parfaitement respectueux des délais énoncés à l'article 138 de la

Constitution et les discussions ont été dans l'ensemble constructives. Les voix recueillies au sein des deux chambres témoignent d'une volonté commune de la classe politique de se saisir de ce sujet. Un « consensus politique et sociétal » existait donc bien en la matière (1) et a abouti à l'adoption d'un texte de compromis (2). Notons que c'est la première fois que les principes relatifs à l'ordonnancement juridique italien sont modifiés (art. 9) et que reste encore irrésolue la valeur symbolique/normative de ces nouvelles dispositions (3).

I. - UN CONSENSUS POLITIQUE ET SOCIÉTAL AU SUJET DES RÉFORMES CONSTITUTIONNELLES

L'adoption de la révision constitutionnelle résulte de l'alignement de « plusieurs astres » : un consensus politique large et une procédure de révision rondement menée.

Le consensus se remarque aux différents stades de la révision constitutionnelle. Il ressort des nombreuses propositions de réforme déposées, des débats préalables au vote, des rapports des Commission des affaires constitutionnelles des deux chambres mais aussi des chiffres des votes.

Un nombre important de propositions de loi de révision constitutionnelle. Le constat d'un consensus politique ressort des nombreuses propositions enregistrées au bureaux des Présidents des deux chambres du Parlement italien. Pas moins de huit propositions de loi constitutionnelle ont été successivement déposées par les sénateurs (n° 83 à l'initiative de Loredana De Petris et de Paola Nugnes, n° 212 à l'initiative de Loredana De Petris, Monica Cirinnà et Gabriella Giammanco, n° 938 à l'initiative des sénateurs Stefano Collina, d'Andrea Marcucci, d'Alan Ferrari et d'Andrea Ferrazzi (ci-après Collina et autres), n° 1203 déposée par le sénateur Gianluca Perilli, n° 1532 déposée par la sénatrice Maria-Alessandria Gallone, n° 1627 déposée par la sénatrice Pasqua L'Abbate, n° 1632 à l'initiative de la sénatrice Emma Bonino et enfin la proposition n° 2160 des sénateurs

Roberto Calderoli, Luigi Augussori, Ugo Grassi, Daisy Pirovano et Alessandra Riccardi (ci-après Calderoli et autres) et pas moins de 10 propositions devant la Chambre des députés (n° 15 de la députée Michela Vittoria Brambilla ; n° 143 du député Paolo Russo ; n° 240 par un groupe de 18 députés menés par Mauro Del Barba, n° 2124 des députées Stefania Prestigiaco (cette dernière ayant été ministre de la Transition écologique de 2008-2011) et Mariastella Gelmini , n° 2150 de Giorgia Meloni et 7 autres députés de Frères d'Italie ; n° 2174 de Rossella Muroli ; n° 2315 du Conseil Régional de Vénétie ; n° 2838 de Doriana Sarli et 16 autres députés affiliés alors au Mouvement 5 Étoiles ; n° 2914 de Stefania Pezzopane et 8 autres

constitutionnelle étaient déposées devant le Sénat (n° 1203, n° 1532, n° 1627 et n° 1632) dont 3 alors que la commission permanente travaillait déjà sur un texte de compromis, travail qu'elle commençait à accomplir dès octobre 2019 (la n° 1203 était enregistrée en avril, la n° 1532 en octobre, la n° 1627 le 26 novembre et la n° 1632 en décembre). Le bureau du Président de la Chambre des députés recevait en 2019, quant à lui, 4 nouvelles propositions de loi constitutionnelle (la n° 2124 le 26 septembre ; la n° 2150 le 7 octobre ; la n° 2150 le 15 octobre et la n° 2315 en date du 20 décembre). La Chambre des députés accueillait une nouvelle proposition en décembre 2020 déposée par des membres du Mouvement 5 étoiles. Enfin, la

dernière proposition était déposée devant le Sénat le 30 mars 2021, quelques mois avant que la Commission des affaires constitutionnelles ne rende son avis (l'avis date du 25 mai 2021 et a été rendu par la sénatrice Alessandra Maiorino). La Chambre des députés qui n'avait pas encore commencé l'examen des textes enregistrait les propositions n° 2914 en février 2021 et n° 3181 le 29 juin.

Les nombreuses propositions, dont le dépôt remonte parfois à plus de 4 ans, montrent l'intérêt de longue date de la classe politique pour le sujet. Par ailleurs, elles émanent de partis politiques divers : autant

les parlementaires de la Ligue que ceux du Mouvement 5 étoiles ont déposés des propositions. Cela confirme l'intérêt de l'intégralité de la classe politique pour le sujet.

Des débats constructifs au Sénat. Le rapporteur de la Commission des affaires constitutionnelles du Sénat mentionnait que l'introduction de la protection de l'environnement avait donné lieu à des auditions d'expert (il soulignait d'ailleurs que c'était d'ailleurs la première fois qu'autant d'auditions avaient été réalisées) et à

(...) un consensus politique ressort des nombreuses propositions enregistrées au bureaux des Présidents des deux chambres du Parlement italien. Pas moins de huit propositions de loi constitutionnelle ont été successivement déposées par les sénateurs (...) et dix propositions devant la Chambre des députés.

députés affiliés au PD ; n° 3181 déposé par Sara Cunial et 5 autres députés du groupe Mixte).

Ces propositions ont été enregistrées, pour la plupart, il y a quelques années. Dès le printemps 2018, des propositions étaient déposées devant le Sénat (la proposition n°83 datait de mars et la n° 212 d'avril) ou devant la chambre des députés (n° 15, n° 143 et n° 240 du 23 mars). La même année, la proposition n°938 était enregistrée au Sénat le 13 novembre. En 2019, 4 propositions de révision

des débats constructifs entre les différentes forces politiques. Les auditions ont en effet été étalées sur 5 séances (le 24 octobre, les 14 et 27 novembre 2019, le 4 février 2020 et en septembre 2020). Les auditions étaient si nombreuses que le sénateur Gianluca Perilli (M5S) demandait même lors de la séance du 28 janvier 2020 qu'il soit fait en sorte qu'elles se terminent rapidement afin de pouvoir adopter au plus vite la révision constitutionnelle. Les inquiétudes relatives à un embourbement de la révision par l'obstruction des auditions étaient partagées par le sénateur Vincenzo Garruti (M5S). Cependant, leurs inquiétudes ne furent pas entendues puisque de nouvelles auditions se déroulaient encore en septembre de la même année ce qui n'empêcha pas le texte d'être adopté.

La constitution d'un comité restreint. Parallèlement, un comité restreint fut constitué et commença ses travaux dès le 4 novembre 2020 afin d'examiner les différentes propositions de révision constitutionnelle déposées au Sénat. Ce comité, dirigé par la sénatrice Alessandra Maiorino (M5S) fut chargé de dégager un projet commun. Ce comité rendit son ouvrage le 23 mars 2021

Des débats écourtés à la Chambre des députés. Les débats étaient moins longs à la Chambre des députés et les différentes propositions et amendements ont rapidement été écartés car il était question d'adopter le texte rapidement en évitant un enlisement des discussions. C'est là le grand regret : une chambre des députés relativement muselée. Pourtant, aucun vent de contestation n'a envahi la Chambre des députés. Seuls quelques parlementaires émettaient des regrets lorsqu'ils prenaient la parole. Le rapporteur de la Commission de la chambre des députés, Valentina Cornelli (M5S), afin d'écartier toute modification, soulignait que le texte renvoyé par le Sénat permettrait d'obtenir un consensus de tous les groupes politiques (séance en commission du 29 juin 2021). La Chambre des députés, après un examen en commission pendant un peu plus d'un mois (du 23 juin 2021 au 29 juillet

2021) et de brèves discussions (sur deux séances seulement du 11 et 12 octobre 2021), procédait au vote...

De nombreux votes favorables. En première lecture, le 9 juin 2021, le Sénat adoptait par 224 voix pour, 23 abstentions et aucun vote contraire, la proposition de loi constitutionnelle visant à introduire la valeur environnementale dans le texte constitutionnel. Le même jour, le Sénat transmettait à la Chambre des députés, la proposition de loi constitutionnelle (enregistrée désormais sous le numéro C-3156). La Chambre des députés votait en première délibération le texte qui recueillait 412 voix pour, contre 1 seule défavorable et 16 abstentions (sur 429 votants). Le Sénat adoptait le projet en deuxième lecture (lecture finale) en date du 3 novembre 2021 par 218 voix favorables, 0 vote contre et 2 absentions le projet. Il revenait enfin à la chambre des députés de se prononcer, après un examen éclair en commission sur la séance du 19 janvier 2022, le 8 février 2022. Le texte recueillait alors 468 votes pour, 1 seul contre alors que 6 députés s'abstenaient parmi les 475 prenant part au vote.

Ainsi, de l'extrême droite à la gauche radicale, les parlementaires ont réussi à s'entendre sur ces thématiques d'actualité. Il faut dire que le texte constitutionnel adopté est la synthèse de différentes propositions issues d'horizons politiques divers et en gestation depuis plusieurs années.

II. - UN TEXTE DE COMPROMIS

Le texte adopté est le résultat de discussions, compromis et concessions.

Le rejet de la mention du développement durable et la préférence pour les générations futures. Les propositions de révision étaient parfois plus larges que les deux articles révisés. Ainsi, les sénateurs auteurs de la proposition n° 938 (Collina et autres) souhaitaient l'introduction du « développement durable ». Et ils n'étaient pas seuls : citons notamment les amendements (1.200 ; 1.201 ; 2.200) déposés par le sénateur Leonardo Grimaldi (IV-PSI), qui aurait préféré introduire des moyens pour soutenir le développement durable ou encore la

sénatrice Emma Bonino (photo ci-dessous, auteur de la proposition n° 1632) qui souhaitait une mention



des générations futures et du développement durable. Pour le sénateur Stefano Collina et les autres auteurs de la proposition n° 938, l'introduction du développement durable dans le corps du texte de la Constitution italienne ne pouvait se faire sans une mention parallèle du développement des droits et devoirs des générations futures à l'article 2 de la Constitution. Les députés Marco Di Maio du groupe I-V et Riccardo Magi (MISTO-A-+E-RI), lors de l'examen de la proposition de loi renvoyée par le Sénat, regrettaient également que le développement durable ne soit pas retenu. Ce « développement durable » n'a pas été retenu mais la référence aux générations futures et une lecture systémique des articles révisés font écho à cette notion (c'est ce que soutient le sénateur Leonardo Grimaldi). Pour Valentina Cornelli, l'un des points les plus importants de cette révision est la solidarité intergénérationnelle qu'elle implique !

La question de la modification de l'article 117 de la Constitution. S'était posée la question de la modification de l'article 117 de la Constitution. Pour rappel, l'alinéa s) énonce la compétence exclusive du législateur national en ce qui concerne la protection de l'environnement. Dans le premier projet, il était proposé de modifier cet article 117. Ce texte de compromis avait toutefois été critiqué par les sénateurs de la Ligue (et

notamment Ugo Grassi) qui étaient plutôt favorables à une compétence législative régionale compte tenu de la diversité des écosystèmes en Italie (discussion lors de la séance du 23 mars 2021). La modification de l'article 117 a rapidement été abandonnée.

La question épineuse des animaux.

C'est la place à accorder aux animaux dans le texte constitutionnel qui a été le point d'accroche de la révision constitutionnelle et qui a suscité le plus de controverses et discussions. Alors que certains proposaient que le bien-être animal soit inscrit dans la Constitution italienne (proposition n° 2838), d'autres s'opposaient farouchement à une mention non pas du bien-être mais simplement de la protection des animaux. Par ailleurs, c'est la compétence exclusive du pouvoir législatif de l'État qui a suscité quelques critiques ; plusieurs sénateurs demandaient qu'elle soit supprimée au profit d'une mention plus générale de protection par la loi. Tel était le cas avec l'amendement 1.206, les sénateurs Luigi Augussoni, Roberto Calderoli, Ugo Grassi, Daisy Pirovano et Alessandra Riccardi (déjà auteurs de la proposition n° 2160). Avec l'amendement 1.207, les sénateurs Meinhard Durnwalder, Dieter Steger (du parti populiste tyrolien) et Albert Laniece (de l'union valdôtaine) proposaient de remplacer loi de l'État par « loi de la République » (amendement 1.208). Le consensus est certain ! Seule La ligue faisait opposition. Ainsi, le sénateur Roberto Calderoli qui avait déposé un nombre considérable d'amendements (au 20 avril 2021) ce qui inquiétait Danilo Toninelli et Gianluca Perilli qui espéraient que Roberto Calderoli (photo ci-contre) retire ces amendements afin de ne pas obstruer le bon cheminement de cette révision constitutionnelle. Vraisemblablement, le parti de La Ligue n'est pas favorable à la protection des animaux puisque ont été déposés par des membres de ce parti, amendements au projet « Protéger les animaux » en examen devant la Commission Justice. Pour Gianluca Perilli, le sénateur de la Ligue était culotté d'agir de la sorte d'autant plus qu'il n'avait pas participé aux derniers travaux du

Comité restreint. C'est à la suite de la communication de l'avis de la Commission de l'environnement que la version finale de la loi constitutionnelle sera rédigée. Cette commission invitait les sénateurs à réfléchir sur l'opportunité d'intégrer à l'article 9 un nouvel alinéa selon lequel la compétence de réglementer les modes et les formes de protection des animaux relève de l'État. Aussitôt, le rapporteur Alessandra Maiorino se remettait à l'ouvrage afin de trouver un « point de convergence entre toutes les forces politiques » (séance du 5 mai 2021).

Enfin, plusieurs sénateurs liaient l'introduction de la protection des animaux à la protection de la santé. Ainsi, le sénateur Andrea Ferrazi (PD) mettait l'accent sur la nécessité de lier la protection de l'environnement et la santé, tirant ainsi les conséquences de l'épidémie de Covid-19. La sénatrice Loredana De Petris (Misto-LeU) relevait que la mention de la protection des animaux n'était pas la seule réponse à l'intérêt de millions de citoyens mais elle était surtout destinée à protéger la santé des êtres humains, leur intérêt étant de poursuivre le bien-être animal (séance du 23 mars 2021).



III. - LA QUESTION DE L'INTÉRÊT DE CETTE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

La modification des principes relatifs à l'ordonnancement juridique italien. Comme le rappelle le rapporteur au Sénat, Alessandra Maiorino, c'est la première fois que les principes relatifs à l'ordonnancement juridique italien sont modifiés. La première partie de la Constitution a été modifiée à 3 reprises seulement : en 2000 avec la reconnaissance de la représentation

des Italiens de l'étranger (article 48 de la Constitution), en 2003, avec la reconnaissance de la parité homme-femme à l'article 59 et en 2007, avec l'abolition de la peine de mort (y compris dans le code militaire). Ces principes sont un noyau dur qu'il n'est pas possible de modifier à la baisse. On rappelle que la Cour constitutionnelle juge depuis 1998 (décision n° 1146) que le texte constitutionnel « contient des principes suprêmes qui ne peuvent être modifiés dans leur contenu essentiel y compris au moyen d'une loi de révision constitutionnelle ». En d'autres termes, le législateur constitutionnel peut simplement compléter les principes suprêmes qui régissent l'ordonnancement juridique italien. Et, c'est ce qu'il a fait lorsqu'il a introduit la protection de l'environnement, la protection de l'intérêt des générations futures et les droits des animaux et l'exercice conditionné par l'environnement de la liberté économique.

Une modernisation de la Constitution italienne ?

La protection de l'environnement bénéficiait déjà d'une reconnaissance constitutionnelle (depuis les jurisprudences de la Cour constitutionnelle de 1987) et l'introduction de la compétence du législateur de l'État dans la réglementation de l'environnement. La députée Valentina Cornelli dressait d'ailleurs de manière exhaustive l'état de la jurisprudence constitutionnelle en la matière lorsqu'elle rapportait devant la

Commission des affaires constitutionnelles de la Chambre des députés le 23 juin 2021. Se posait alors la question de l'intérêt de cette reconnaissance constitutionnelle. Comme le soutenaient les sénateurs Stefano Collina, Andrea Marucci, Alan Ferrari et Andrea Ferrazzi, il était question de moderniser la Constitution italienne pour la « mettre au niveau » de la plupart des constitutions européennes mais aussi des textes européens, à savoir les directives et la Charte des droits

fondamentaux qui consacrent tous le droit à l'environnement et le développement durable. Pour ces mêmes sénateurs, il était urgent d'agir : « c'est une priorité pour les gouvernements de la Planète ». Compte tenu de l'augmentation de la population mondiale, il apparaît nécessaire pour ces sénateurs d'intégrer les exigences du développement durable afin que les principes de la Constitution italienne adoptés en 1947 puissent continuer à être appliqués. Le développement durable et la responsabilité intergénérationnelle deviennent, selon eux, des conditions imprescriptibles d'une bonne application de la Constitution italienne. Pour les députées Stefania Prestigiacomo et Mariastella Gelmini, auteures de la proposition de loi constitutionnelle de modification de l'article 9 de la Constitution, enregistrée sous le numéro C2124 le 26 septembre 2019, il convenait de remédier à la mention « fugace » de l'environnement (introduit par la révision constitutionnelle de 2001 à l'article 117 de la Constitution). En effet, selon elles, « les traités internationaux, la législation, la jurisprudence et plus encore, la sensibilité des hommes ont fait des pas de géants (...) pour reconnaître la place centrale de l'environnement ». L'inscription dans le texte constitutionnel viendrait parachever la consécration amorcée par la Cour constitutionnelle qui reconnaissait sa protection à travers la défense du paysage. Or, selon elles, le paysage a une connotation historique alors qu'il conviendrait d'adopter une conception dynamique, susceptible d'évolution et tournée vers les générations futures. Cette inscription dans le texte constitutionnel est impérative car l'environnement est un « bien fondamental de notre civilisation occidentale ». Ils dressaient un panorama de droit comparé pour prouver le bien-fondé de cette révision. Avec cette proposition de loi constitutionnelle, les députées entendaient mettre en adéquation la lettre de la Constitution aux progrès réalisés en matière de constitution matérielle. Ils estimaient que la Constitution n'est pas

seulement un document mais est avant tout la table des valeurs de la communauté. L'environnement est aujourd'hui partie intégrante de l'ordonnement juridique et il doit être mentionné dans le texte suprême. La protection de l'environnement devait alors être constitutionnalisée. Il appartenait, selon elles, à l'opinion et à la classe politique de se saisir de cette thématique car le futur est déjà présent. Elles insistaient : « chaque solution proposée au problème environnemental doit nécessairement partir du plus haut niveau de l'ordre

Selon Rossella Muroli, (...) le droit à un environnement (sain) doit être entendu comme un droit à la conservation, à la gestion prudente et à l'amélioration des conditions naturelles de l'air, de l'eau, du sol et du territoire dans toutes ses composantes, ainsi qu'à la préservation de la biodiversité et des écosystèmes) (...)

juridique : la Constitution ». Selon Rossella Muroli, qui déposait le projet de loi constitutionnelle C2174, le droit à un environnement (sain) doit être entendu comme un droit à la conservation, à la gestion prudente et à l'amélioration des conditions naturelles de l'air, de l'eau, du sol et du territoire dans toutes ses composantes, ainsi qu'à la préservation de la biodiversité et des écosystèmes, ce qui doit concerner également la sauvegarde et la protection de toutes les espèces animales et végétales qui vivent à l'état naturel. Il s'agit d'un droit fondamental de chaque homme et chaque animal mais il doit être entendu comme un droit subjectif collectif (appartenant ainsi à l'humanité). Elle ajoutait que le texte proposé n'apporte rien d'innovant ni de révolutionnaire mais se limite à recevoir des principes déjà présents dans l'ordonnement juridique à la suite des changements culturels intervenus ces dernières années. Il était alors question de lui donner la consistance d'un principe constitutionnel. D'autres soulignaient la tardiveté de cette révision constitutionnelle. Tel était le cas de la sénatrice Alessandra Maiorino qui

présentait le rapport en estimant qu'« enfin » les responsabilités étaient prises par la classe politique. Cette réforme entendait acter un intérêt, déjà ancien, pour les thèmes de l'environnement par la société et par l'opinion. La députée Rosella Muroli (M-MAIE-PSI-FE), lors de la séance du 12 octobre 2021, était plus sévère : elle estimait qu'il était temps d'agir (car même l'ONU avait reconnu le 8 octobre le droit à un environnement sain) et regrettait que l'Italie ne se soit pas saisie plus tôt du sujet. Elle augurait néanmoins que cette mention ne reste pas lettre morte.

La constitutionnalisation-diffusion et le verdissement espérés des politiques publiques. Selon les sénateurs Stefano Collina, Andrea Marcucci, Alan Ferrari et Andrea Ferrazzi, la mention de la protection de l'environnement en lieu et place de la protection du paysage emporteraient des effets juridiques, qui vont plus

loin que le simple objectif de mise en concordance de l'article 9 et 117 de la Constitution qui confie à la législation étatique, la compétence d'édicter des normes législatives relatives à l'environnement. Par ailleurs, ils soutenaient, dans leur proposition, que l'introduction de la mention du développement durable conditionnerait l'action du législateur dans des domaines aussi variés que l'économie ou le social. Ce n'est pas ce choix qui a été fait par les deux Assemblées mais la nouvelle rédaction de l'article 41 conditionne bien la liberté économique qui doit s'exercer dans le respect de la protection de l'environnement. Pour Danilo Toninelli (M5S) (séance du 23 mars 2021), l'adoption de cette réforme intervient à point nommé : elle est concomitante à l'adoption du Plan national de relance et de résilience, et il est, pour lui, indispensable d'orienter le développement économique dans un sens durable et en lien avec la transition écologique, pour éviter des dommages à l'environnement qui auraient des impacts sur les générations futures.

Une révision historique ? Cette révision est tantôt qualifiée de « mutation historique » (par exemple par le sénateur Andrea Ferrazzi du PD), de « révolutionnaire », (par notamment la députée Vittoria Baldino (M5S) en séance en commission du 7 juillet 2021) ou encore de « courageuse » (Pour Annagrazia Calabria (FI), en discussion en Assemblée, chambre des députés, séance du 11 octobre 2021). Il s'agit même de déposer une pierre millénaire à l'histoire de l'État (selon Valentina Corneli, rapporteur

du projet auprès de la chambre des députés). Les parlementaires ne tarissent pas d'éloges à l'égard de cette réforme qu'ils ont réussi à porter avec succès.

Qu'importe la qualification retenue, l'Italie devient bien l'un des premiers États européens à s'emparer de ces questions dans le texte constitutionnel. Cependant, de nombreuses questions restent ouvertes : la lecture des droits fondamentaux est-elle ainsi renouvelée ? Assiste-t-on à la juridicisation de nouveaux droits ? Le

catalogue des droits fondamentaux italien est-il enrichi ? Cette disposition constitutionnelle est-elle simplement programmatique ? Le législateur, l'administration et les juridictions et, au premier titre la Cour constitutionnelle, nous le diront... affaire à suivre ! ■ **Céline Maillafet**

1. Traduction de la Constitution italienne par Maryse Baudrez, www.cdpc.univ-tln.fr.

■ Société

Référendum et euthanasie, une question insoluble

La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur trois questions référendaires en 2022, l'une, dans la décision n° 50 de 2022 relativement à l'abrogation partielle du délit d'homicide volontaire en regard de la problématique, décidément actuelle également outre-alpes, de la fin de vie, les deux autres concernant des dispositions relatives aux conditions d'éligibilité au revenu de citoyenneté et au revenu d'intégration, par les décisions n° 19 et 34 de 2022.

C'est sur la première affaire que nous allons porter notre attention, en raison de la sensibilité de cette question sociale, qui saisit dorénavant tous les pays européens, dès lors que la matière n'a pas fait l'objet d'une législation spécifique, les deux autres ne présentant qu'un intérêt relatif au regard de la jurisprudence en matière référendaire depuis la première décision rendue en 1972.

Ce n'est pas la première fois que la Cour constitutionnelle eut à se prononcer sur des questions référendaires abrogatives relatives à des questions de société. Sa première décision en la matière porta sur le divorce, des associations proches de la Démocratie chrétienne (qui ne pouvait contester frontalement sa légalisation en ce qu'il participait à des gouvernements de coalition incluant des partis ayant porté la législation) ayant soumis la question de l'abrogation de la désunion à l'appréciation des juges constitutionnels, qui la déclarèrent admissible. Le premier référendum eut lieu le 12 mai 1974 et le « non » massif (plus de 59 % des suffrages avec un

taux de participation de 88 % et un différentiel de voix avec les « oui » de six millions) conforta définitivement, dans ce pays à la forte imprégnation catholique, le divorce.

La Cour eut par la suite à se confronter à d'autres questions sociales d'importance, portant sur l'interruption volontaire de grossesse (1981) puis l'usage de stupéfiants et psychotropes (1993) pour ne citer que les décisions les plus connues.

Relativement à l'affaire jugée en 2022, la *Consulta* a déclaré l'inadmissibilité de la question référendaire.

L'opinion publique a cru que le référendum proposé aurait eu pour objet l'euthanasie. À l'occasion de cette affaire, la Cour affirma, dans le sillage d'une jurisprudence bien établie, qu'une nouvelle législation relative à la brûlante question de la fin de vie ne pouvait être établie à travers l'abrogation d'une loi constitutionnellement nécessaire, l'article 579 du Code pénal ayant pour

objet entre autres des sujets vulnérables.

Le débat opposant partisans de l'admissibilité et de l'inadmissibilité de la question référendaire se résumait à une alternative simple : d'une part, les partisans de l'euthanasie, d'autre part ceux qui, se rangeant dans l'argumentaire de l'indisponibilité de la vie de la part du sujet, concluaient nécessairement au rejet de la demande.

Le référendum proposé souffrait, en tout état de cause, d'une ambiguïté terminologique due à la formulation qu'en



firent ses promoteurs au moment du recueil des signatures requises (au moins 500 000 selon l'article 75 de la Constitution). S'agissait-il en effet en propre de la liberté de choix quant à la fin de vie, ou du retrait de l'ordre juridique italien de l'incrimination d'homicide de la personne consentante, à l'exception des hypothèses visées au troisième alinéa de l'art. 579 du Code pénal (mineur de dix-huit ans ; malade mental ou en état de déficience mentale due à une autre infirmité ou à l'abus de substances alcooliques ou stupéfiantes ; personne dont le consentement a été extorqué par la violence, la menace ou la suggestion, ou dupé par la tromperie). Les promoteurs ne désiraient certes pas affirmer la disponibilité totale de la vie, permettant à chacun, hors les cas d'incapacité ou de vice manifeste du consentement, d'autoriser sa propre mort ; cependant, le résultat objectif de la requête (ce que les Italiens appellent la norme de résultat) aurait été l'exclusion de l'incrimination d'homicide de la personne consentante non plus dans les seuls cas de personnes souffrant de pathologies irréversibles, maintenues en vie par la médecine moderne et capables de prendre des décisions libres et conscientes, mais aussi dans tous les autres cas.

En fait, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser (décision n° 17 de 1997) que c'est la question abrogative en soi qui doit être évaluée dans sa portée objective et ses effets directs, et qu'il n'est en revanche pas possible d'attribuer au référendum abrogatif la reconstruction d'une réglementation nouvelle, sauf à opérer une véritable manipulation (d'où la notion de référendum manipulateurs – *referendum manipolativi* –) de l'instrument référendum en regard de la législation « attaquée » (...). En ce cas, le référendum de l'article 75 aurait été détourné de son esprit, devenant subrepticement propositif.

Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, inaugurée en 1997 vise à prévenir une utilisation « pathologique » du référendum abrogatif, très éloignée de sa définition originelle. De nombreux mouvements politiques (c'est notamment le cas du Parti radical) avaient commencé à manier avec maestria l'institution de l'article 75 non pas seulement pour expurger de l'ordre juridique des normes déterminées, mais aussi pour œuvrer à l'élaboration de nouvelles, totalement originales : celles-ci n'avaient en effet aucun rapport avec les normes initiales, dont on ne restreignait alors plus le champ d'application mais dont on transformait radicalement la portée. Ces opérations de « coupes chirurgicales », redessinant en profondeur la physionomie d'un texte, ont été rendues possibles par une conception extrêmement compréhensive des référendums abrogatifs. La doctrine italienne s'était très tôt émue d'une

telle dénaturation de l'article 75 de la Constitution. Elle fut entendue, puisque l'interdiction des référendums manipulateurs établie par la Cour en 1997 prend une position centrale depuis lors.

Mais c'est une autre voie que la *Consulta* a entendu prendre : selon les juges constitutionnels, la question aurait surtout affecté une norme constitutionnellement nécessaire, ce qui permet en soi de justifier de son inadmissibilité. L'art. 579 – ainsi que le cas de complicité de suicide prévu par l'art. 580 du Code pénal – révèle pour les juges l'intention du législateur de 1930 de protéger la vie humaine même dans les cas où le titulaire de son droit voudrait y renoncer, de son propre fait ou grâce à l'aide d'autrui. Certes, et fort heureusement, le suicide (ou plutôt sa tentative), n'est pas punissable. Seul peut être incriminé celui qui, par l'aide qu'il viendrait à prodiguer, contribue à provoquer sa mort. Il s'agit donc d'une infraction pénale autonome, dont le régime est par ailleurs moins sévère que celui prévu par l'art. 575 du Code pénal. Le deuxième alinéa de l'art. 579 exclut notamment les circonstances aggravantes communes prévues par l'art. 61 du Code pénal. Pour la Cour, la question référendaire aurait donc sollicité les électeurs afin qu'ils abrogent en partie la loi pénale, de sorte que la norme qui en aurait résulté aurait fini par légitimer l'homicide de la personne consentante bien en dehors du cas spécifique de l'euthanasie, malgré l'indéniable bonne foi des promoteurs.

La jurisprudence de la Cour a depuis longtemps précisé que la procédure référendaire doit exclure, d'une part, les lois à contenu constitutionnellement lié et, d'autre part (ce qui est ici le cas), les lois ordinaires à contenu constitutionnellement nécessaire (ou obligatoire), c'est-à-dire dont l'abrogation priverait totalement d'effectivité un principe ou un organe constitutionnel prévu et garanti par la Constitution.

L'analyse de cette jurisprudence nous fournit l'occasion d'apporter quelques précisions quant à ces deux notions. Certains constitutionnalistes italiens s'étaient interrogés sur l'existence de lois particulières qui, en raison de leur lien spécifique avec la Constitution, auraient dû être soustraites au référendum car son éventuelle issue positive aurait porté atteinte au principe, à la disposition, à l'institution ou à l'organe constitutionnel correspondant (v. notamment C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, CEDAM, 1970, p. 179). La doctrine désigna cette catégorie comme constitutive des « lois constitutionnellement nécessaires » ou « obligatoires ». Ce concept paraissait cependant trop large, puisque de très nombreuses lois contribuent à mettre en œuvre la Constitution. Ainsi, son accueil par la Cour aurait considérablement restreint le champ d'incidence du référendum abrogatif.

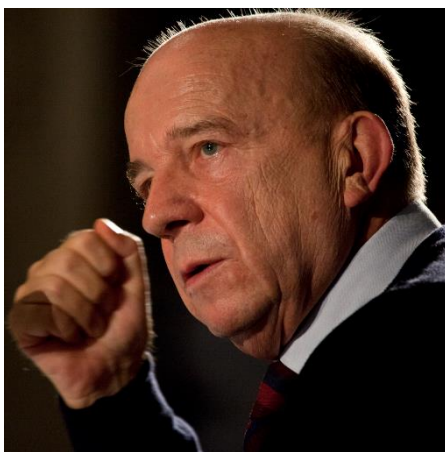
C'est pourquoi les juges constitutionnels ont prudemment repoussé, dans la décision fondatrice de sa jurisprudence

(...) il n'est en revanche pas possible d'attribuer au référendum abrogatif la reconstruction d'une réglementation nouvelle, sauf à opérer une véritable manipulation (d'où la notion de référendum manipulateurs – referendum manipolativi –) de l'instrument référendum en regard de la législation « attaquée » (...). En ce cas, le référendum de l'article 75 aurait été détourné de son esprit, devenant subrepticement propositif.

en matière référendaire (décision n° 16 de 1978), la proposition avancée par l'Avvocatura dello Stato, qui demandait que toutes les requêtes référendaires portant sur des lois constitutionnellement nécessaires fussent jugées inadmissibles : « il n'est pas soutenable que toutes les lois ordinaires mettant en œuvre des institutions, organes, procédures, principes établis ou prévus par la Constitution, soient soustraites au référendum abrogatif. (...) Le référendum subirait des limitations extrêmement larges et indéterminées ».

La *Consulta* précisa ensuite son propos. La catégorie des lois constitutionnellement nécessaires (ou obligatoires) n'est pas univoque car elle recouvre en fait deux catégories de lois prévues par la Constitution, mais dont les modalités de traduction législative diffèrent sensiblement. Il est des lois dont le texte fondamental se borne à poser le principe, sans prédéterminer leur contenu, de sorte que le Législateur ordinaire peut choisir entre différentes modalités d'adaptation du prescrit constitutionnel. Cette marge de manœuvre opératoire est en revanche interdite pour les lois dont le contenu est constitutionnellement déterminé ou, selon la terminologie de la Cour, lié. L'unification, dans un concept générique, de ces deux types de lois est, dès lors, très contestable, car elle confond le genre (les dispositions constitutionnellement obligatoires) et l'espèce (les dispositions à contenu constitutionnellement lié) : « la référence aux lois constitutionnellement obligatoires s'avère viciée par une équivoque de fond. Cette formule ferait en effet penser que ces lois, et non d'autres, sont, dans leurs actuels contenus normatifs, indispensables pour concrétiser les dispositions constitutionnelles correspondantes. Cette assertion est tout au contraire fautive, du moment que ces actes législatifs – à la seule exception des dispositions constitutionnellement liées – ne réalisent qu'une solution parmi tant d'autres possibles pour actualiser la Constitution ».

La distinction entre les deux types de dispositions a été initialement proposée par le Gustavo Zagrebelsky (photo ci-dessus) qui affirma que « la requête référendaire abrogative d'une norme de mise en œuvre de la Constitution est inadmissible, en ce qu'elle tend, subrepticement, à agir contre la norme constitutionnelle... » (G. ZAGREBELSKY, « Relazione » in *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum* (Atti del II convegno giuridico promosso dal gruppo parlamentare radicale. Roma, 7 gennaio 1978), Roma, resoconto stenografico, 1978, p. 28). Il précise aussitôt et traça, ce faisant, la ligne de partage entre les dispositions à contenu constitutionnellement lié et les dispositions constitutionnellement obligatoires : « ... à une condition rigoureuse néanmoins : que la loi ordinaire dont il s'agit contienne la seule réglementation permise par la norme



constitutionnelle. Si, en revanche, cette dernière peut être réalisée de différentes façons, la requête référendaire d'une loi qui a choisi une de ces possibilités, parce qu'elle a exclu toutes les autres hypothèses de réalisation, ne pourra pas être considérée comme étant orientée, indirectement et de façon inconstitutionnelle, contre la norme constitutionnelle, mais bien, directement, contre un type particulier de réalisation législative de la Constitution ». L'auteur souligna que la différence entre les deux catégories de dispositions relève de la distinction entre l'existence et l'essence : « les lois constitutionnellement obligatoires sont celles qui doivent exister mais dont la Constitution ne dit pas comment elles doivent être » (G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, op. cit., p. 189). Les requêtes visant de telles lois ne sauraient être systématiquement déclarées inadmissibles, d'autant qu'il existe une possibilité de remédier à la lacune que provoquerait l'issue positive du référendum : « dans le cas où [des dispositions constitutionnellement obligatoires] seraient abrogées par référendum, il y aurait la nécessité de combler la lacune par une nouvelle loi. Pour permettre au Législateur de faire face à cette nécessité (...) l'article 37 dernier alinéa de la loi n° 352 de 1970 a prévu que le président de la République, pourra, dans le décret par lequel il déclare l'abrogation de la loi, sur proposition du ministre intéressé et après délibération préalable du conseil des ministres, retarder l'entrée en vigueur de l'abrogation ».

Dès lors qu'une telle possibilité de prorogation de la loi visée par le référendum, par hypothèse réussie, a été explicitement prévue par le Législateur ordinaire de 1970, prohiber, par principe, toutes les requêtes référendaires visant des lois constitutionnellement obligatoires impliquerait une réduction excessive du champ d'intervention du Législateur référendaire. On frustrerait indûment le corps électoral, en lui empêchant de contester un nombre considérable de lois, alors précisément que son intervention est déjà limitée par la forme abrogative du référendum italien : « exclure le référendum sur les lois constitutionnellement obligatoires signifierait faire peser deux fois sur le corps électoral les conséquences de la limite structurelle du référendum purement abrogatif : le référendum n'est pas prévu pour être une source "pleine" (négative mais aussi positive) et il faut en déduire que l'on ne doit pas ajouter une autre limite, c'est-à-dire celle de l'interdiction des lois constitutionnellement obligatoires. Il appartient en revanche aux organes titulaires d'un pouvoir législatif "plein" d'assurer la présence de lois dont la Constitution veut l'existence » (*ibidem*). En d'autres termes, on ne peut reprocher à l'initiateur référendaire la caractéristique même du référendum abrogatif, c'est-à-dire sa négativité. On ne peut pas, en conséquence, lui imputer le vide législatif, provisoire, que le référendum victorieux provoquerait. C'est au Législateur ordinaire de le combler,

le cas échéant, et c'est en ce sens que la prorogation provisoire de la loi attaquée a été prévue. Le référendum abrogatif constitue une « liberté constitutionnelle » pour reprendre les termes d'Antonio Baldassarre (« La commedia degli errori », in *Pol. dir.*, 1978, p. 577). Or, toute restriction d'une liberté doit être strictement délimitée.

Dans le sillage de ces réflexions doctrinales, la Cour explicite sa position dans la décision n° 24 de 1981 en réaffirmant que sont admissibles les requêtes portant sur des normes qui, « même si elles constituent une réalisation d'un principe constitutionnel, ne représentent pas l'unique moyen à travers lequel ce principe se réalise ». Dans l'arrêt suivant, n° 25 de 1981, elle précisa que le critère des lois à contenu constitutionnellement lié embrasse seulement les lois « qui incorporent des principes ou des dispositions constitutionnelles déterminés en reproduisant les contenus ou en les concrétisant de la seule façon constitutionnellement permise ».

La ligne de partage entre les requêtes abrogatives admissibles car portant sur des dispositions constitutionnellement obligatoires et celles, inadmissibles, puisque relatives à des dispositions à contenu constitutionnellement lié, semble, a priori, claire. Si le Législateur dispose d'une réelle marge de pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre une disposition constitutionnelle, la loi pourra être considérée comme constitutionnellement obligatoire, et une requête référendaire la visant, admissible. Dans cette hypothèse, le Législateur, pour paraphraser le Professeur Chapus, a le pouvoir de choisir entre deux législations également conformes à la constitutionnalité. À l'inverse, le Législateur aura compétence liée pour réaliser un précepte constitutionnel si le texte fondamental ne lui donne aucun choix pour mettre en œuvre une de ses dispositions. La loi sera considérée à contenu constitutionnellement lié. Son abrogation par la voie référendaire serait donc inadmissible car elle risquerait de nuire au principe constitutionnel dont la loi n'est que la traduction.

C'est dans le cadre ici des lois à contenu constitutionnellement nécessaire ou obligatoire qu'il convient, dans l'espèce ici traitée, de se situer.

Le droit à la vie, placé au sommet des droits fondamentaux de la personne appartient, selon la Cour, à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution républicaine. De sorte que l'État a pour impérieux devoir de protéger la vie de chacun et non, tout au contraire, de permettre à chacun de lui demander d'accepter de l'aider à mourir, de son fait ou grâce à l'aide d'autrui. En effet, autre que l'assistance au suicide, une telle norme de résultat entraînerait une immunité pénale à quiconque tue autrui avec son consentement, qu'il soit ou non, et c'est ici que le bât blesse, souffrant. Ainsi, l'hypothétique référendum aurait eu pour objet et résultat non l'euthanasie, ni même le suicide assisté pour les personnes atteintes de pathologies irréversibles, mais l'homicide de quiconque y consent, indépendamment des raisons pour lesquelles le consentement est donné, des formes dans lesquelles il est exprimé, de la qualité de l'auteur de l'acte, et de la manière dont la mort est provoquée. Une dangereuse forme d'eugénisme aurait ainsi pu résulter d'une réponse positive à la question référendaire.

Il faut pour autant comprendre que cette décision ne revient surtout pas à affirmer qu'une éventuelle législation future soit exclue car inconstitutionnelle, pourvu dès lors que ses contours soient strictement précisés. Au Parlement dès lors de se saisir de la question et d'assumer ses responsabilités car on touche ici aux limites du référendum abrogatif, en l'absence de référendum propositif. ■ **Julien Giudicelli**

Les idées et opinions exprimées dans cette revue n'engagent que leurs auteurs.

Crédits photos : (p. 1) quirinal.it / (p. 4) Egitia / (p. 5) grupposavoia.it, Basilio Cascella / (p. 7) Paolo Cerroni / (p. 9) Max Allegritti / (p. 11) quirinal.it / (p. 12) aggiornamentisociali.it / (p. 14) Prolineserver, comune.felino.pr.it / (p. 16) cortecostituzionale.it / (p. 18) insieme.com.br / (p. 23) Vlad Lesnov / (p. 23) cortecostituzionale.it / (p. 25) cittadinanzattiva.it / (p. 26) governo.it / (p. 32) coe.int / (p. 34) Carlo Lannutti / (p. 35) salute.gov.it / (p. 36) salute.gov.it / (p. 38) Twitter GenevieveChene / (p. 40) juorno.it / (p. 42) Francesco Pierantoni / (p. 43) Cesare Abbate / (p. 45) interno.gov.it / (p. 47) fondazioneadrianolivetti.it /

La Lettre d'Italie (LLI) - n° 15/16 - 2023 - Tous droits réservés

LA LETTRE D'ITALIE

Droit & vie politique italienne

Revue fondée en 2012

Sous la direction de

Michaël Bardin

Comité scientifique

Maryse Baudrez

Renato Balduzzi

Michaël Bardin

Massimo Cavino

Guisepe de Vergottini

Thierry Di Manno

Roberto Louvin

Jean-Jacques Pardini

Paolo Passaglia

Équipe de rédaction

Tatiana Disperati

Julien Giudicelli

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

Céline Maillafet

Claudia Marchese

Michele Massa

Paolo Passaglia

Federica Rasso

Sylvie Schmitt

Contact rédaction :

contact.lalettreditalie@gmail.com

ISSN électronique : 2264-1726

ISSN : 2267-1455

Dépôt légal : septembre 2023

Dépôt INPI : 543149

Tous les numéros de

La Lettre d'Italie

sont disponibles sur :

cdpc.univ-tln.fr/revues/la-lettre-ditalie/