

Législation antiterroriste et «état d'exception»¹

L'Etat de droit italien à l'épreuve des Années de Plomb

di Franck Laffaille*

«L'état d'exception conduit l'herméneutique juridique à ses ultimes limites».
F. SAINT-BONNET²

Les années 70 et 80 du siècle passé ont vu poindre des législations pénales nationales toujours plus répressives dans le dessin de lutter contre les différentes menaces terroristes noires et rouges. Le 11 septembre 2001 a renforcé cette pénalisation rampante des sociétés démocratiques, toujours plus enclines à « surveiller et punir ». L'hyperterrorisme conduit même à adopter des dispositions pénales légitimées par des raisonnements juridiques tortueux : lorsque le *waterboarding* n'est pas considéré comme un acte de torture, lorsque de grands juristes en viennent à regarder inéluctable le recours à la torture face à un *ticking bomb terrorist* (Dershowitz³), lorsqu'est inventée la notion de « combattant ennemi » pour écarter le droit international humanitaire... les réponses politiques et juridiques au terrorisme conduisent à un oubli de la dignité de la personne humaine. Au-delà de ces cas extrêmes, le droit sécuritaire règle désormais la vie quotidienne des citoyens. L'Etat de droit devient un « Etat de prévention »⁴, facile corollaire de la « société du risque ».

Si la pérennité du phénomène terroriste a mithridatisé nos sociétés, au point de trouver « normale » la multiplication de normes sécuritaires jadis jugées inacceptables⁵, la « question des origines »⁶ prend tout son intérêt. D'où cette interrogation : l'Italie ne fut-elle pas (avec la RFA) le premier chaînon conduisant à la pénalisation rampante des sociétés démocratiques ? N'est-ce pas en la botte que germa le recul d'une certaine idée du libéralisme politique et juridique, au nom d'une protection nécessaire de l'ordre, de la société, de l'Etat ? Les restrictions aux libertés firent-elles le lit d'une mutation de l'Etat qui, sous couvert d'un maintien de sa forme libérale et démocratique, mua en structure autoritaire ? La réponse est négative. Nonobstant l'impressionnant arsenal législatif antiterroriste et la restriction-limitation de droits et libertés fondamentaux, l'Italie n'a jamais quitté le terrain de la civilisation

¹ Cet article est publié avec l'aimable autorisation de la Revue internationale de droit comparé (RIDC) et de son rédacteur en chef Monsieur le Professeur Etienne Picard (Université de Paris I Panthéon Sorbonne). La RIDC l'a initialement publié dans son numéro 3-2010 (juillet-septembre 2010).

² F. SAINT-BONNET, *Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception*, Droits, n°30, p.29.

³ A. M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understandig the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven and London, Yale UP, 2002, p.131. Le raisonnement n'est pas en soi nouveau, cf. Jean de Salisbury in *Policraticus*.

⁴ E. DENNINGER, *Dallo « Stato di diritto » allo « Stato di prevenzione »*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto : problematiche costituzionali*, Università di Cassino, 2005, p.52.

⁵ B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, « The Yale Law Journal », 113, 2004, p.1029. L. H. TRIBE, P. O. GUDRIDGE, *The Anti-Emergency Constitution*, « The Yale Law Journal », 113, 2004, p.1801. B. ACKERMAN, *This Is Not a War*, « The Yale Law Journal », 113, 2004, p.1871. M. MINOW, *The Constitution as a Black Box during National Emergencies : Comment on Bruce Ackerman's Before The Next Attack : Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, « Fordham Law Review », 75, 2006, p.593. O. FISS, *Law Is Everywhere*, « The Yale Law Journal », 117, 2006, p.257. F. SCHAUER, *Ambivalence About The Law*, « Arizona Law Review », 49, 2007, p.11.

⁶ Sans céder, on l'espère, à la facilité de l'*aitiologie* : l'explication d'une chose par son commencement. P. VEYNE, *Les grecs ont-ils cru à leur mythe ?*, Seuil, 1983, p.36-37.

juridique, n'a jamais glissé sur la pente de l'autoritarisme militarisé. La législation antiterroriste des années 70 ne constitue pas le prodrome de Guantanamo.

Pourtant, n'ont pas manqué les comparaisons avec le Chili de Pinochet ou la Grèce des colonels ; autant de raccourcis intellectuels biaisés, de paralogismes inacceptables. D'où ce rappel en forme de truisme : un Etat démocratique répressif n'est pas un Etat autoritaire (ou a

fortiori totalitaire). La violation des droits ne signifie pas plongée dans la nuit du droit. Les critiques pertinentes du droit pénal des années de plomb dérapent lorsqu'elles amènent à cette équation : durée excessive de la détention préventive + limitation des droits de la défense + loi sur les repentis... = état d'urgence permanent / d'exception instaurant un Etat policier. L'Etat de droit perdure nonobstant (voire grâce à) l'adoption de cette législation : la réponse normative provisoire adaptée à l'état d'urgence (avec une minuscule, synonyme de situation d'urgence), n'entraîne pas la survenance d'un *Etat* d'urgence (avec une majuscule, antonyme d'Etat de droit).

De même ne peut-on pas parler d'état d'exception⁷ au sens de *suspension* de la « normalité juridique », normalité par ailleurs insaisissable par manque de critères qualificatoires⁸. Sont posés comme des évidences l'état d'urgence, d'exception, les lois spéciales - bref l'*hubris* normative - sans aligner le moindre critère d'identification. La législation anti-terroriste est qualifiée de normes *extra ordinem*, de rupture sans réfléchir à aucun moment sur les instruments heuristiques à mêmes de marquer une frontière pour le moins indéterminée. Or, comment échapper au constat de Saint-Bonnet : quant à son contenu, l'urgence relève de l'évidence, pire de la sensation. Son caractère ineffable⁹ la fait échapper à toute appréhension juridique. Point d'état d'exception si l'on entend juridiciser cette notion et encore moins d'*Etat* d'exception.

Les juristes qui s'attèlent à une tâche définitionnelle arrivent vite à la conclusion de l'impossible recours au critère formel et matériel¹⁰. Vagues, indéterminés, relatifs, polysémiques ... sont les mots « exceptionnel », « extraordinaire », « urgence »¹¹. Il est très révélateur que nombre d'auteurs accolent les guillemets à ces différents termes¹², signe évident d'un malaise juridique pour donner une qualification à ces lois jugées « dérogoires ». Elles ne font pas l'objet de définition(s) précise(s) et la critique se résume le plus souvent en des généralités (« ces mesures extraordinaires violent l'Etat de droit »...).

Nonobstant l'existence d'incontestable dispositions attentatoires aux libertés, la thèse d'une Italie devenue « démocratie pénale autoritaire » n'emporte pas adhésion tant

⁷ Trois critères définitionnels sont dégagés par Saint-Bonnet : « la dérogation (ou infraction), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure ». F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, PUF, 2001, p.27.

⁸ « L'état d'exception » n'est pas défini avec précision, même en droit contemporain ». F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, PUF, 2001, p.4. Surtout en droit contemporain serait-on tenté d'ajouter si l'on songe à l'immense littérature italienne sur la question.

⁹ F. SAINT-BONNET, *Exception, nécessité, urgence*, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p.677. Voir encore, pour un recours à l'esthétique, F. SAINT-BONNET, *Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception*, Droits, n°30, p.38.

¹⁰ Pour l'urgence, voir par ex. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004, p.8.

¹¹ "L'incertaine notion d'urgence", P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, p.61.

¹² A titre d'exemple, P. L. VIGNA, G. BELLAGAMBA, *La legge sull'ordine pubblico. Commento articolo per articolo alla legge 22 maggio 1975 n°152*, Milano, Giuffrè, 1975, p.1.

les notions d'état d'urgence / d'exception permanents apparaissent peu valides au regard de la science du droit (I). Semble davantage défendable la thèse de la continuité démocratique : l'Italie continue de respecter les canons constitutionnels inhérents à l'Etat de droit (II).

I) L'Italie, une « démocratie autoritaire » frappée de pan-pénalisation ?

La construction d'un discours juridique axé sur l'avènement d'un « sous-système pénal d'exception » (1) ne résiste pas au constat suivant : la non applicabilité des concepts d'état d'urgence / d'exception au « cas italien » (2).

1) La thèse de l'avènement d'un « sous-système pénal d'exception »

La législation anti-terroriste (a) serait le signe d'une pan-pénalisation de l'Etat de droit italien (b), au point de voir émerger un Etat policier (sic) assimilé aux dictatures militaire (sic) sud-américaines (c).

a) La législation anti-terroriste des années de plomb¹³

Cette dernière a fait l'objet d'interprétations si divergentes et de telles polémiques qu'il est sans doute salutaire de l'exposer, sous forme d'un catalogue, descriptif et quelque peu rébarbatif.

La législation antiterroriste se traduit en premier lieu par une extension des pouvoirs de police. Si l'on peut citer pour mémoire le décret-loi n°99 de 1974 (*provvedimenti urgenti sulla giustizia penale*, loi de conversion n°220 de 1974) et la loi n°497 de 1974 (*nuove norme contro la criminalità*), le premier texte emblématique des années de plomb est la « loi Reale » (n°152 de 1975, *disposizione a tutela dell'ordine pubblico*). Y figurent les dispositions suivantes :

limitation des cas de liberté provisoire,

urgence du procès si la durée maximale de la détention préventive est sur le point de survenir,

arrestation hors flagrance autorisée (en cas d'indices suffisants relatifs à des délits liés à la détention d'armes ou d'explosifs),

pouvoir de perquisition de l'autorité de police (en cas exceptionnels de nécessité et d'urgence empêchant l'intervention de l'autorité judiciaire) pour vérifier si des personnes (au comportement ou à la présence injustifiés au regard des circonstances de lieu et de temps) détiennent des armes ou explosifs,

jugement *direttissimo* obligatoire pour les délits en possession d'armes et en cas de violence ou menace sur agent public,

¹³ Les textes de référence sont les suivants : DI. n°99 de 1974 (loi de conversion n°220 de 1974) : *provvedimenti urgenti sulla giustizia penale* ... L. n°497 de 1974 : *nuove norme contro la criminalità* ... L. n°152 de 1975 : *disposizione a tutela dell'ordine pubblico* ... DI. n°151 de 1977 (loi de conversion n°296 de 1977) : *cause di sospensione della durata della custodia preventiva* ... L. n°533 de 1977 : *disposizioni in materia di ordine pubblico* ... L. n°534 de 1977 : *modificazioni al codice di procedura penale* ... DI. n°53 de 1978 (loi de conversion n°191 de 1978) : *norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati* ... DI. n°625 de 1979 (loi de conversion n°15 de 1980) : *misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica* ... L. n°304 de 1982 : *misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale* ... L. n°34 de 1987 : *misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo*.

extension des cas d'usage régulier des armes par les forces de l'ordre (pour éviter différents délits : séquestration de personne, homicide volontaire, désastre ferroviaire,

interdiction de participer à des manifestations avec port d'un casque ou le visage en partie ou totalement couvert au point de rendre difficile l'identification.

Le décret-loi n°53 de 1978 (*norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati*) donne naissance à de nouveaux délits : attentat à des bâtiments d'utilité publique, séquestration de personne aux fins de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique, recyclage d'argent provenant de délits tels que vol aggravé, séquestration de personne à des fins d'extorsion.

Le même décret-loi n°53 de 1978 permet :

l'interrogatoire d'un suspect sans la présence d'un avocat en cas d'urgence absolue et à seule fin de poursuivre les enquêtes relatives à des délits graves et déterminés (les informations ne font pas l'objet de procès-verbaux et sont privées de toute valeur à des fins processuelles),

les interceptions de communication après autorisation orale d'un magistrat,

l'arrestation par la police à des fins d'identification de quiconque refuse de décliner son identité ou en cas d'indices suffisants pour retenir la fausseté des déclarations de l'intéressé, contraint toute personne vendant ou louant un bien immobilier à faire une déclaration sous 48 heures.

Second texte emblématique, après la « legge Reale », le « décret-loi Cossiga » n°625 de 1979 (*misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*) :

apparition de la notion de « circonstance aggravante » liée au terrorisme ou à la subversion de l'ordre démocratique (augmentation automatique de la peine de la moitié, non prise en compte de circonstances atténuantes),

création d'un délit d'association avec finalité terroriste et renversement de l'ordre démocratique (réclusion de 4 à 8 ans pour simple participation associative),

possibilité de perquisition sur autorisation téléphonique d'un magistrat,

introduction de la « dissociation » (« repentisme ») permettant une réduction de peine,

possibilité d'« arrestation préventive de police » dissociée de la réalisation d'un précédent délit et visant à éviter de futurs délits,

extension de la détention préventive (durée maximale prolongée d'un tiers, avec application aux procédures en cours à la date d'entrée en vigueur du dl.),

augmentation des peines en cas d'attentat à finalités terroristes ou de subversion,

possibilité d'arrestation même hors flagrance pour une durée maximale de 48 heures.

Sur les traces du « décret-loi Cossiga », la loi n°304 de 1982 (*misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*) renforce le principe de la « *legislazione premiale* » pour accélérer via la collaboration et la dissociation la désagrégation du phénomène terroriste. Sont introduites :

une « *non punibilità* » pour ceux qui dissolvent des organisations terroristes, abandonnent les armes et se rendent sans opposer de résistance, fournissent des informations,

une réduction de peine en cas de dissociation et en cas de collaboration,

des mesures favorables s'agissant de la liberté provisoire, de la suspension conditionnelle de la peine et de libération conditionnelle pour les personnes visées par la dissociation ou la collaboration.

La loi n°34 de 1987 (*misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo*) complète le processus de dissociation engagé par les pouvoirs publics.

b) Théorie du pan-pénalisme : de l'urgence à l'exception (Ferrajoli, Agamben, Schmitt)

Ferrajoli systématise la position anti-étatique. « Sous-système pénal d'exception »¹⁴ : ainsi dénomme-t-il le système juridique mis en place, avec le « primat de la raison d'Etat sur la raison juridique »¹⁵. L'Etat de droit se défend moyennant la négation des principes le structurant. Avec les textes adoptés par les pouvoirs publics, surgit un « pan-pénalisme »¹⁶, avec pour conséquence l'avènement d'un état d'urgence / d'exception, socle de la mutation de l'Etat, devenu Etat de non droit. Il y aurait trois phases de l'urgence pénale : le droit spécial de police (extension des pouvoirs de police, 1974-1978) ... le droit pénal politique spécial (la législation terroriste à proprement parler, à partir du décret Cossiga de 1979, avec la magistrature en première ligne) ... le droit pénal différencié (différenciation et subjectivisation pénales par type d'auteur, d'inculpé ou de détenu)¹⁷.

Émerge un droit pénal du délinquant plus que du délit : la personnalisation du droit pénal se fait via le recours aux notions de bandes armées, d'associations subversives, d'insurrection armée contre les pouvoirs d'Etat. Avec les catégories de « concours moral » et la peine aggravante de la « finalité de terrorisme », surgissent des « formules élastiques et polysémiques »¹⁸ contraires aux règles classiques de la démocratie pénale. Existe plus un « délit de *status* » à partir d'évaluations subjectives relatives à la personnalité de l'individu qu'un « délit d'*action* » identifiable à partir de preuves. Il en résulte un « modèle d'antijuridicité substantielle » synonyme de « tentation totalitaire (sic) ». On punit pour ce que l'on est et non pour ce que l'on fait (le suspect est le délit). Le caractère inquisitorial de la procédure renforce ce phénomène, avec application du schéma schmittien ami / ennemi typique de la raison d'Etat. *L'hostis judicatus* devient un ennemi intérieur sans statut juridique (au contraire de *l'hostis alienigena* protégé par le *jus gentium*). Il subit un « gigantisme processuel » : horizontalement (maxi-enquêtes), verticalement (multiplication des délits pour chaque inculpé), temporellement (durée démesurée des procès).

Face à cette législation d'exception et cette juridiction d'exception devenues règle(s), le droit naturel frappe à la porte, par le truchement du droit de résistance : Antigone et le jusnaturalisme classique, Bracton, Fortescue, Hotman, Du Plessy Mornay ... sont convoqués dans ce combat du juste contre l'injuste¹⁹. La conclusion : résister, au nom d'un droit naturel porteur de justice puisque le droit pénal d'exception est incompatible avec l'Etat de droit²⁰. La justice et son droit naturel contre l'Etat et son (inique) droit légal !

Sans aller jusqu'à partager la vision de Ferrajoli, la doctrine italienne de l'époque se révèle assez critique envers la législation antiterroriste et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (voir *infra*)... tout en rappelant la nécessité de prendre les mesures adéquates face au péril menaçant les institutions. Perce la crainte de voir se

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.844.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.844.

¹⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.XIV.

¹⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.853.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.859.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.847.

²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.850.

superposer à la Constitution formelle démocratique une constitution matérielle liberticide, composée de normes adoptées « légalement » par la voie parlementaire²¹. Sous couvert de normalité juridique, la suspension de la Constitution républicaine serait en marche via une stratégie de contournement normatif, avec une pollution de la « normalité » juridique par ces « potentialités autoritaires » (Pace)²² : les outrages de la Constitution matérielle politique envers la Constitution formelle rigide conduiraient à une révision implicite de cette dernière²³.

La lecture de l'ouvrage de Persichetti et Scalzone (ci-après P. & S.) « *Il nemico inconfessabile* » (traduction française *La révolution et l'Etat en léninisme inversé*) ou des articles de Persichetti - « La judiciarisation de l'exception »²⁴, « Lo stato d'eccezione »²⁵ - permettent d'arriver au constat suivant : Agamben et Schmitt sont utilisés de manière récurrente, systématique, pavlovienne. Pour le premier, l'exception « tend toujours plus à se présenter comme le paradigme de gouvernement dominant dans la politique contemporaine »²⁶. Si « l'état d'exception n'est pas un droit spécial (...) (il suspend) l'ordre juridique lui-même »²⁷. L'état d'exception « constitue (...) un état *kénomatique*, un vide de droit »²⁸ ... pose la question de « la signification juridique d'une sphère d'action en soi extrajuridique »²⁹. Chez Schmitt, est naturellement retenu le décisionisme qui fait lien entre exception et souveraineté : « L'exception contraint ... à définir et à nommer le sujet de la souveraineté » (...), reprise de la classique formule « est souverain celui qui décide de l'état d'exception »³⁰.

L'« urgence est née sous la forme d'une exception masquée » ... avec cristallisation d'un « état d'exception permanent », avec des « appareils d'Etat chargés de faire fonctionner la machine d'exception »³¹. Le chapitre 5 de l'ouvrage de P. & S. - « le paradigme de l'urgence » - illustre bien la thèse soutenue : l'urgence devenue paradigme permet l'édification d'un Etat qui, contrairement à l'état d'exception classique (libéral), se « dissimule sous l'apparence de la norme juridique »³². « Il n'y a pas rupture formelle mais travestissement légal qui permet le développement sans précédent d'une guerre cachée sous les apparences d'une justice ordinaire »³³. Le « formalisme juridique ... se fait le réceptacle de la doctrine de l'urgence »³⁴. L'exception devient la règle.

« L'état d'urgence *sui generis* » repose sur l'existence de normes dérogatoires au regard de la législation normale, normes dotées « d'efficacité permanente »³⁵. La normalité juridique (qui reste à définir) ne fait pas l'objet d'une suspension mais est

²¹ G. ZAGREBELSKY, *La Costituzione dimezzata*, "Mondoperaio", 13 janvier 1980, p.24. A. PACE, *Stato di emergenza e sospensione della Costituzione*, "Il Tempo", 13 janvier 1980, p.20.

²² A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza ?*, "Giur. Cost.", 1982, p.114.

²³ Il y aurait, en d'autres termes, contournement de l'article 138 C. relatif à la procédure de révision de la Constitution de 1947.

²⁴ P. PERSICHETTI, *La judiciarisation de l'exception*, www.revuedroledepoque.com.

²⁵ P. PERSICHETTI, *Lo stato d'eccezione*, www.isole.ecn.org.

²⁶ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.12.

²⁷ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.15.

²⁸ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.16.

²⁹ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.25.

³⁰ C. SCHMITT, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p.15.

³¹ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.24 et 25.

³² P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.103.

³³ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.105.

³⁴ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.107.

³⁵ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, p.482.

« hybridée »³⁶. « *L'atipicità* »³⁷ de la procédure utilisée choque : les normes provisoires sont intégrées au sein de l'ordonnement juridique, diluant en quelque sorte leur dimension exceptionnelle. Le recours aux « techniques substitutives », en lieu et place des instruments extraordinaires prévus par la Constitution (article 78 C., l'état de guerre), est regardé comme un réservoir d'abus futurs. Par techniques substitutives, on entend normes dérogatoires et extraordinaires adoptées selon une procédure formelle identique à la procédure normale³⁸ ; il est alors très difficile voire impossible de faire la distinction entre le normal et l'exceptionnel. On en arrive paradoxalement via une « interprétation d'urgence » à une « proportionnalité extraordinaire ... une exceptionnelle interprétation de dispositions ordinaires »³⁹.

c) De l'émergence d'un Etat policier (sic) assimilé aux dictatures militaire sud-américaines (sic)

Au sein de la doctrine juridique française⁴⁰, c'est avec Gérard Soulier que l'Italie intègre la peu flatteuse catégorie « Etat de police intégral », au sein duquel sévit un régime « d'infra-droit »⁴¹ : elle est présentée comme la sœur jumelle d'une RFA « modèle » répressif⁴². La démonstration, convaincante dans la dénonciation du droit répressif pénal, achoppe sur la classique comparaison abusive : la « condition juridique et politique » des allemands de l'Ouest étant jugée « très proche, tout compte fait, de celle qui pèse sur leurs frères séparés, à l'Est »⁴³, on peut imaginer la place de l'Italie... On retrouve Soulier dans le *Traité* de Grawitz / Leca : le lien justice-répression est toujours étudié sous le prisme de l'Etat gendarme / policier (« loi Reale »), rupture périlleuse avec les canons juridiques du libéralisme dans le cadre d'une pensée très foucauldienne⁴⁴.

Dans cet Etat policier, l'individu subit le joug du pouvoir qui se manifeste dans la figure du magistrat. Ce dernier, féal du pouvoir, perd sa qualité de tiers arbitre impartial ; bien plus, il incarne les dérives du système, *longa manus* de la République pénale (Censor-Sanguinetti⁴⁵). En raison de la subjectivité inhérente au droit pénal antiterroriste (concours moral, association, dissociation), la justice perdrait sa capacité à suivre une politique jurisprudentielle cohérente, donc sa crédibilité. Le magistrat est réputé le maître d'œuvre (pervers) de la procédure d'urgence, procès en sorcellerie dans la droite ligne de la *Démonomanie* de Bodin⁴⁶ et de l'inquisition

³⁶ P. PERSICHETTI, *La judiciarisation de l'exception*, www.revuedroledpoque.com.

³⁷ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, p.482.

³⁸ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p.112.

³⁹ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, p.497.

⁴⁰ Pour une critique de l'Intellectuel organique français qui prend fait et cause, sans recul, pour les terroristes italiens en raison de l'existence d'un (prétendu) Etat policier fascisant, on se permet de renvoyer à F. LAFFAILLE, *Il discreto fascino delle Br italiane*, « La Stampa », 30 janvier 2009.

⁴¹ G. SOULIER, *Introduction, Rapports sur l'espace judiciaire européen dans ses relations avec le modèle allemand*, in H. BÖLL, G. WALLRAFF, *Rapports*, Maspero, 1980, p.20.

⁴² G. SOULIER, *Introduction, Rapports sur l'espace judiciaire européen dans ses relations avec le modèle allemand*, in H. BÖLL, G. WALLRAFF, *Rapports*, Maspero, 1980, p.30.

⁴³ G. SOULIER, *Introduction, Rapports sur l'espace judiciaire européen dans ses relations avec le modèle allemand*, in H. BÖLL, G. WALLRAFF, *Rapports*, Maspero, 1980, p.26.

⁴⁴ G. SOULIER, *Les institutions judiciaires et répressives*, in M. GRAWITZ, J. LECA (dir.), *Traité de science politique, 2, Les régimes politiques contemporains*, PUF, 1985, p.541, 542, 546.

⁴⁵ CENSOR (G. SANGUINETTI), *Véridique rapport sur les dernières chances de sauver le capitalisme en Italie*, Champ libre, 1976, p.97 (la Magistrature, « pauvre troupe de comédiens ambulants »).

⁴⁶ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.111.

(cf. Ginzburg et le procès Sofri⁴⁷). La « rafle (sic) judiciaire » (Persichetti & Scalzone)⁴⁸ devient son instrument de travail, avec comme support le « théorème Calogero »⁴⁹ : l'équivalence entre action terroriste et production théorique / intellectuelle (cf. « le cas » Negri)⁵⁰.

Dans un tel contexte, le caractère inquisitorial de la procédure processuelle porte atteinte au respect du principe d'égalité entre les parties : la recherche des preuves de culpabilité échoit au ministère public et au juge d'instruction dont certains titulaires s'érigent en défenseurs du système, au détriment de la présomption d'innocence. La logique processuelle de l'époque est centrée sur la défense de la société alors que la tradition libérale y voit (en théorie) le lieu de l'ontologique présomption d'innocence. Le droit pénal d'héritage beccarien est dénaturé, appréhendé seulement comme sanction pénale et non comme mécanisme de resocialisation⁵¹.

La durée de la détention peut atteindre une décennie, durée terrifiante et inacceptable dans un Etat de droit. On peut à juste titre parler de peine anticipée, voire du « début de la barbarie et de la « schizophrénie » du système »⁵². Certains vont plus loin : on évoque alors un « autoritarisme à visage humain, apparemment respectueux des formes légales, civilisées, courtoisement coercitif, aimablement répressif »⁵³. L'élargissement des pouvoirs de police traduit une évolution du champ sécuritaire et une augmentation des prérogatives du gouvernement et de son bras armé, l'administration, loin de la transparence et du contrôle parlementaires. Il est porté atteinte, selon cette optique, au principe de séparation des pouvoirs, en raison de la dépossession fonctionnelle subie par le Parlement. La (fausse) question de Schimel est emblématique : « Légiférer par le biais de décrets-lois, hâtivement ratifiés, ne nous éloigne-t-il pas de la conception démocratique... ? »⁵⁴

La dénonciation ne vise pas que la législation répressive, elle porte aussi sur les dispositions relatives aux repentis. Quand l'Etat, avec la législation sur les repentis (dl n°625 de 1979, l. n°304 de 1982, et l. n°34 de 1987) entreprend de gangrener la solidarité révolutionnaire, il déclenche une vague d'indignation. Le système de la « dissociation » est perçu profondément a-moral : on le présente comme un repentir-aveu synonyme d'apostasie et « d'assujettissement »⁵⁵, le tout imprégné d'une ambiguë racine catholique. La place du repentant au sein du procès s'en trouve il est

⁴⁷ C. GINZBURG, *Le juge et l'historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Verdier, 1997, p.12.

⁴⁸ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.122. Il est fait mention de la « rafle » du 7 avril 1979 (p.143, 144 et 153).

⁴⁹ Procureur général de Padoue.

⁵⁰ D. MOUCHARD, *Réconcilier, réprimer : les « années de plomb » en Italie et les transitions démocratiques dans le cône sud latino-américain*, www.conflits.org.

⁵¹ P. NUVOLONE, *La législation pénale italienne récente et la politique criminelle bipolaire*, « Rev. sc. crim. », 1982, p.737. On s'éloigne de l'école de la « défense sociale nouvelle » du Professeur Ancel (souvent cité en doctrine pénale italienne) qui insiste sur l'existence de principes universels, la responsabilité de l'individu, le principe de légalité et la prévention. F. CAVALLA, *Les positions de la doctrine italienne au regard de la défense sociale nouvelle*, « Rev. sc. crim. », 1979, p.24.

⁵² A. SCHIMEL, *Face au terrorisme : des lois spéciales à l'italienne*, « Sociologie du travail », 1986, p.532. L'auteur fait référence dans une note de bas de page à O. Dominiani (« Cahiers du Centre de documentation M. Barone, n°2 ») sans mettre de guillemets. On suppose donc que le terme barbarie est sien.

⁵³ Claude Julien, le « Monde diplomatique », novembre 1977.

⁵⁴ A. SCHIMEL, *Face au terrorisme : des lois spéciales à l'italienne*, « Sociologie du travail », 1986, p.546.

⁵⁵ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, cité par D. MOUCHARD, *Réconcilier, réprimer : les « années de plomb » en Italie et les transitions démocratiques dans le cône sud latino-américain*, www.conflits.org. Chez Foucault, est très apprécié le lien « sujet déviant / droit répressif / Etat sécuritaire ».

vrai modifiée : inculpé, il devient aussi témoin et son témoignage, loin d'être un moyen de défense, mue en moyen de preuve.

Très symptomatique (et indéfendable) est la mise en parallèle Italie / dictature militaire. On songe par exemple à l'article de Mouchard centré sur les années de plomb et le « cône sud latino-américain » (Chili, Argentine)⁵⁶. L'exercice montre son intérêt et ses limites. La mise en parallèle (le terme comparaison est rejeté au nom de la prudence méthodologique...) oscille en permanence entre constat générique et distanciation en forme de truisme. Le constat générique : existence d'Etats répressifs avec construction d'un ennemi intérieur et recherche d'unité politique ... la distanciation-truisme : un Etat démocratique répressif n'est pas assimilable à un Etat dictatorial répressif. Cela n'empêche pas des rapprochements rapides : présenter le général Dalla Chiesa comme « le personnage représentatif de la force de l'Etat »⁵⁷ pour enchaîner aussitôt sur la militarisation des sociétés d'Amérique latine constitue un saut intellectuel hasardeux. De même, comparer le sort de Negri, bouc émissaire, avec celui des Mères de la Place de mai provoque une certaine gêne, nonobstant les précautions d'usage balancées (« D'une manière similaire à certains égards... »⁵⁸). Pour séduisante qu'elle soit, cette herméneutique est frappée d'une grande subjectivité qui ne s'avoue pas : quel est le seuil à partir duquel une loi ordinaire, votée régulièrement par le Parlement et éventuellement contrôlée par la Cour constitutionnelle, devient « spéciale » ? Quels sont les critères d'identification de ces normes « exceptionnelles » faisant le lit de l'état d'urgence, donc de l'Etat d'urgence ... de l'état d'exception, donc de l'Etat d'exception ? Comment reconnaître ce droit « anormal » caché sous les oripeaux de « modalités ordinaires »⁵⁹ ?

2) La non applicabilité des concepts d'état d'urgence / d'exception au « cas italien »

Loin d'être en soi une mesure incompatible avec l'Etat de droit, l'état d'urgence peut se définir, de manière quelque peu tautologique, comme une réponse législative d'urgence (a). A l'aune de ce constat, les notions « d'état d'exception », de « lois spéciales » dérogoires au « droit normal » n'apparaissent pas opératoires (b). Cela emporte récusation des théorèmes d'Agamben et Schmitt si l'on entend les appliquer au « cas italien » (c).

a) L'état d'urgence : une réponse législative d'urgence

Sur le plan normatif, un nouveau texte adopté en urgence est censé apporter des solutions (que l'on peut critiquer) à des problèmes posés par une situation urgente, càd qualifiée comme telle par les autorités compétentes. Avec une définition aussi vague, l'état d'urgence peut donc signifier choses aussi diverses que : avènement d'une dictature temporaire, restriction des libertés fondamentales au sein d'un Etat de droit, attributions exceptionnelles conférées à un préfet en présence d'une catastrophe naturelle (tremblements de terre de 1908, Messine et Reggio Calabria - cf. les écrits de Santi Romano en 1909) ... ou d'une catastrophe humaine

⁵⁶ D. MOUCHARD, *Réconcilier, réprimer : les « années de plomb » en Italie et les transitions démocratiques dans le cône sud latino-américain*, www.conflicts.org.

⁵⁷ D. MOUCHARD, *Réconcilier, réprimer : les « années de plomb » en Italie et les transitions démocratiques dans le cône sud latino-américain*, www.conflicts.org.

⁵⁸ D. MOUCHARD, *Réconcilier, réprimer : les « années de plomb » en Italie et les transitions démocratiques dans le cône sud latino-américain*, www.conflicts.org.

⁵⁹ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, p.497.

(la Campanie noyée sous les ordures ménagères mafieuses, 2008) ... ou les deux (sauvegarde du site archéologique de Pompéi, 2008) ... réguler la situation d'une partie de la population en raison de ses conditions d'existence spécifiques (la population rom, 2008) ... faire patrouiller des militaires dans les grandes villes du pays pour renforcer le sentiment de sécurité (2008)... fin de la séparation des pouvoirs après des élections connaissant plus de 80% de bulletins blancs sans aucune abstention (Saramago, *La lucidité*).

L'état d'urgence est seulement droit de l'urgence : une réponse législative, une capacité normative d'adaptation face à des situations présentant un péril institutionnel. Cette urgence est rapidement qualifiée par nombre d'auteurs de droit d'exception qui emporte avènement d'un « état d'exception ». Reste à savoir si la thèse d'une normativité d'exception présente quelque intérêt.

b) L'inexistence d'un état d'exception et de « lois spéciales », dérogoires au « droit normal »

Impossible de donner une définition objective et claire de l'exception⁶⁰ : « du point de vue juridique en effet, il n'y a pas de réalité objective, qu'elle soit naturelle ou sociale, mais seulement des réalités qualifiées par le droit » (Troper)⁶¹. Un Etat connaît un *état* d'exception lorsque son ordre intérieur est gravement troublé, voire son existence menacée, à un point tel qu'il a « recours à des moyens extraordinaires qui outrepassent, surtout s'il s'agit d'un Etat de droit, le cadre normal de son action » (Kerguévan)⁶². Ces moyens extraordinaires consistent en la suspension ou suppression de certaines libertés fondamentales et en une atteinte au principe de séparation des pouvoirs au profit de l'exécutif. La spécificité de l'exception est de se poser au-dehors de la règle ordinaire⁶³... sans jamais dire, en droit, ce qu'est l'ordinaire.

Identique remarque pour les formules « droit spécial » ... « lois spéciales ». On ignore encore ce que signifie le « droit normal »⁶⁴ passé, regardé avec nostalgie comme un âge d'or des libertés, jadis vilipendé par ceux qui désormais l'invoquent. Lorsque par exemple la loi sur les repentis est présentée comme « loi exceptionnelle » (Ferrajoli)⁶⁵, l'affirmation relève du postulat : aucune démonstration juridique n'est réalisée. On comprend davantage le sens de « prisons spéciales » (l'île d'Asinara par exemple) qui regroupent en un lieu isolé une catégorie de détenus en raison de leur « profil » et de leur dangerosité. Les droits de l'homme y furent violés (comme aujourd'hui de fait en toute prison de tout Etat démocratique, sans que cela soit d'ailleurs excusatoire) ; cela ne signifie pas disparition de l'Etat de droit.

⁶⁰ Schmitt ne fait rien d'autre que de réaliser un catalogue après avoir écrit : « Si la dictature est nécessairement l'« état d'exception », on peut révéler les différentes possibilités que recèle son concept en énumérant ce qui est représenté comme normal : du point de vue du droit public, elle peut signifier... ». C. SCHMITT, *La dictature*, Seuil, 2000, p.16.

⁶¹ M. TROPER, *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, in *L'exception dans tous ses états* (coll.), Parenthèses, 2007, p.167.

⁶² J.-F. KERGUEVAN, *Etat d'exception*, in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996, p.231. Persichetti et Scalzone citent – morceaux choisis au service de leur thèse – J.-F. Kerguévan.

⁶³ Par exemple, U. ALLEGRETTI, *Legge sull'ordine pubblico e libertà costituzionali*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1976, p.481.

⁶⁴ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, PUF, 2001, p.10.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.871.

c) La récusation des théorèmes d'Agamben et Schmitt appliqués au « cas italien »

Si « l'état d'exception est la situation qu'une autorité compétente décide de qualifier état d'exception » (Troper), le vide juridique version Agamben (l'exception devient la règle, le droit suspend le droit) et le décisionnisme souverain (Schmitt) relèvent plus du postulat politique que de la logique juridique.

Pour Agamben, les hypothèses relatives à la description du phénomène « état d'exception » sont les suivantes : soit on inclut la notion d'état d'exception au sein de l'ordonnement juridique (Hauriou, Santi Romano, Mortati), et nécessité fait loi : la nécessité devient une source autonome du droit, le *fait* (illégal) devient droit ... soit on confère à la notion d'état d'exception une dimension extrajuridique, et la discussion est gouvernée par les principes de l'histoire, la science politique, la philosophie politique et morale. Cet état est un *fait* échappant au droit, même s'il peut emporter des conséquences en droit (Biscaretti, Ballardore Pallieri, Carré de Malberg) ... soit on regarde la notion d'état d'exception comme un droit de l'Etat (naturel ou constitutionnel) à sa propre conservation (Hoerni, Ranelletti, Rossiter).

La suspension du droit par le droit selon Agamben appliqué au cas italien est un non sens : la limitation des libertés a concerné une partie de l'ordonnement juridique, l'immense majorité d'entre elles continuant à exister sur le territoire. On ne voit pas en quoi la normativité italienne s'apparente à « l'espace juridiquement vide de l'état d'exception »⁶⁶ et « tend désormais à coïncider partout avec l'ordre normal, à l'intérieur duquel tout devient ainsi à nouveau possible »⁶⁷. Les discussions, pour être passionnantes, consacrées à l'ontologie de l'exception relèvent du discours métaphysique. La thèse d'Agamben - l'état d'exception emporte « suspension (totale ou partielle) du système juridique »⁶⁸, (...) état kénomatique, un vide et un arrêt du droit⁶⁹ - n'est pas seulement discutable ; elle est fautive⁷⁰. Le *justinium*⁷¹ (suspension) italien n'existe pas ; l'état kénomatique italien - *vacuum* juridique et zone d'anomie - est un fantôme juridique, le *tumultus*⁷² (fait) italien est réglé par la Constitution en vigueur.

On ne voit pas en quoi l'adage thomiste *necessitas legem non habet* (nécessité n'est pas soumise à la loi) s'applique : la Constitution prévoit le mécanisme de l'article 77 dont la finalité est de régenter les « cas extraordinaires de nécessité et d'urgence »... qui par définition ne peuvent se prévoir. Ce n'est donc pas la nécessité qui fait loi mais le droit décretaal-législatif censé répondre aux problèmes soulevés. La formule de Dante (*De Monarchia*, II, 5, 22) citée par Agamben⁷³ - quiconque se propose d'atteindre l'objectif du droit doit procéder selon le droit - est donc bien applicable au cas italien, qui échappe à toute suspension du droit.

Après Agamben, Schmitt. Citer le père de la césure ami / ennemi et de la prévalence de la décision politique souveraine est paradoxal : les organes de l'Etat italien

⁶⁶ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.110 citant G. AGAMBEN, *Homo sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997, p.25, 26 et 47.

⁶⁷ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.110 citant G. AGAMBEN, *Homo sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997, p.25, 26 et 47.

⁶⁸ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.42.

⁶⁹ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.82.

⁷⁰ C'est la raison pour laquelle on reste quelque peu interdit quand Agamben déclare avoir obligé les juristes (dans *Etat d'exception*) à « affronter cette institution de leur propre point de vue ». *Un'intervista a Giorgio Agamben*, www.lavocedifiore.it.

⁷¹ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.71.

⁷² G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.73 et 77.

⁷³ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.47.

adoptant les normes contestées sont ceux prévus par la Constitution (le binôme Gouvernement-Parlement sous le contrôle de la Cour constitutionnelle). De décision souveraine non juridique, il n'y a point ici et les critiques envers le normativisme kelsenien capotent. L'exception schmittienne (invoquée *ad nauseam* pour incriminer l'Etat) - « est souverain celui qui décide de l'état d'exception »⁷⁴ - signifie état d'exception absolu : nous sommes bien loin du cadre italien.

On préfère d'ailleurs une autre formule de Schmitt, moins célèbre : « l'état d'exception a pour la science juridique une signification analogue à celle du miracle pour la théologie »⁷⁵. Il n'est guère étonnant que décisionnisme schmittien et eschatologie marxienne se rencontrent pour incriminer l'Etat en ayant recours à beaucoup de choses, sauf au droit. La critique révolutionnaire de l'Etat de droit ... ou la puissance de la Violence couplée à la Vérité de la religion. Comment d'ailleurs ne pas être fasciné par cette rencontre entre la gauche révolutionnaire et Schmitt ? Car l'Italie donne naissance à une bruyante génération de « schmittiens de gauche » qui utiliseront fréquemment le juriste allemand pour dénoncer la situation politique nationale⁷⁶. Il est vrai que Schmitt est imprégné dans les années 20 de schémas marxistes qu'il n'hésite pas à remodeler au service de sa propre pensée ; cela est vrai pour *Théologie politique*, érigée au rang de livre de chevet par le couple Persichetti-Scalzone. Après Marx, Schmitt sert d'atout intellectuel pour dénoncer une démocratie libérale (donc non populaire) qui, dans le cadre d'une lecture eschatologique de l'histoire, dégénère en Etat de non droit. « L'état d'exception » ne ferait que révéler la « vraie » nature de la démocratie libérale dont la vocation est de se transformer en dictature. L'Etat de droit (même s'il mérite critique en ses dérives) fait l'objet d'une analyse primaire : ses acquis - séparation des pouvoirs, démocratie procédurale, droits sociaux... - sont oubliés sur l'autel de la démocratie absolue (oxymoron si l'on songe au relativisme kelsenien).

Le plus célèbre intellectuel italien de la gauche radicale, Negri, récupère le décisionnisme schmittien pour le transformer en « moment abyssal d'autoconstitution du peuple »⁷⁷. L'histoire des idées politiques est utilisée comme « science politique révolutionnaire » pour dé-juridiciser la vie politique et sociale. Le « pouvoir constituant » de Negri est a-juridique. La rencontre entre la gauche révolutionnaire et Schmitt dévoile la dimension peu juridique de ses arguments. Ce n'est pas *Théorie de la Constitution* ou *La dictature* ?⁷⁸ qui servent de référence mais *Théologie politique* et *Théorie du partisan*. En s'appuyant sur ces deux derniers ouvrages, il est soutenu que « l'état d'exception » (*cf. Théologie politique*) est devenu la règle et le

⁷⁴ C. SCHMITT, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p.15.

⁷⁵ C. SCHMITT, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p.48. Anton Schütz écrit : « Le Dieu d'Augustin, comme le souverain de Schmitt, est le maître de l'état d'exception », A. SCHÜTZ, *Saint Augustin, l'Etat et la « bande de brigands »*, Droits, n°16, « L'Etat/2 », p.76, note 2.

⁷⁶ J.-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, La Découverte, p.19, note 2.

⁷⁷ T. NEGRI, *Le pouvoir constituant*, PUF, 1998, p.31.

⁷⁸ Cet ouvrage n'est guère cité par les « schmittiens de gauche » alors même que son titre et certains développements représentent des ressources argumentatives intéressantes. C. SCHMITT, *La dictature*, Seuil, 2000, p.235 : « L'un des critères de l'Etat de droit consiste à délimiter toutes les fonctions de l'Etat au moyen d'attributions et à réguler la toute puissance de l'Etat au moyen d'un système de compétence, de façon que la plénitude de pouvoirs ne puisse jamais se concentrer directement et sans borne sur un point quelconque. La Constitution est le fondement de cette délimitation de la totalité des fonctions et des compétences de l'Etat. Selon la définition classique, son essence réside dans la séparation des pouvoirs. Cela correspond à l'Etat de droit. Mais c'est toujours sous réserve du cas d'exception. »

symbole de l'oppression ; tous les instruments de la guérilla (cf. *Théorie du partisan*⁷⁹) doivent être employés pour abattre le tyran. Ces « deux figures de marge »⁸⁰ - l'état d'exception et le partisan - récupérées par la gauche radicale se rencontrent alors, au service d'une cause commune : l'avènement d'une authentique (sic) liberté grâce à la dictature du peuple, contre l'Etat. Une « politique libérée du droit » (Agamben dans les pages finales d'*Etat d'exception*) n'est pas - nonobstant les espérances de Negri⁸¹ - l'antichambre de la liberté ; elle en est plutôt le cimetière. Selon la belle formule de Monod, « L'intensification de la démocratie ne passe pas par le déclin du droit »⁸².

Analyser la notion « d'état d'exception » permet au lecteur de croiser, via la gauche révolutionnaire des années 70 et 80, Schmitt⁸³, Marx, Benjamin... Car transparaît nettement une méfiance ou une haine envers la démocratie libérale / parlementaire oppressive. Anti-libéralisme, anti-parlementarisme, aversion envers le formalisme juridique sont autant de points de rencontre⁸⁴. A défaut d'être frappés de cohérence, ces croisements intellectuels ont le mérite de constituer des rapprochements stimulants.

Au-delà de la logique critique de certaines dispositions législatives (assurément) liberticides, pourquoi une telle stigmatisation du droit (chez certains historiens des idées) et de l'Etat (chez certains juristes) ? S'agissant des historiens, l'opprobre envers le droit est classique : ce dernier se serait que l'instrument de la réaction, du pouvoir illégitime et liberticide. Quant à la doctrine juridique, on peut, sans faire de la « psychologie constitutionnelle », émettre les hypothèses suivantes sur ces critiques extrêmes visant l'Etat. Tout d'abord, nombre de juristes italiens ont été marqués par les abus commis sous le régime monarchique s'agissant du recours à l'état d'exception, non prévu par un *Statuto* (1848) à la souplesse alors bien commode. Elle conserve aussi en mémoire le « palimpseste constitutionnel » que fut le glissement de la normativité fasciste sur le *Statuto* toujours formellement en vigueur. Et cette même doctrine, tant influencée par le droit allemand, a lu Fraenkel (*Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*)⁸⁵ à propos de l'étouffement du régime de Weimar : « Sa Carte constitutionnelle (du IIIème Reich) est le décret d'urgence »⁸⁶. Comparaison n'est pas raison. L'Italie est demeurée une démocratie parlementaire respectant les canons constitutionnels inhérents à l'Etat de droit.

⁷⁹ C. SCHMITT, *Théorie du partisan*, Flammarion, 1992, p.254.

⁸⁰ J.-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, La Découverte, p.72.

⁸¹ T. NEGRI, *Il frutto maturo della redenzione*, www.ilmanifesto.it.

⁸² J.-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, La Découverte, p.112.

⁸³ Sur le rapprochement radical gauche / Schmitt, on peut encore penser à Otto Kirchheimer, « le » juriste de l'Ecole de Francfort. Ancien étudiant de Schmitt, il critique la République de Weimar avec des accents parfois schmittiens. J.-C. MONOD, *Penser l'ennemi, affronter l'exception. Réflexions critiques sur l'actualité de Carl Schmitt*, La Découverte, p.34.

⁸⁴ E. BALIBAR, *Le Hobbes de Schmitt, le Schmitt de Hobbes*, préface in C. SCHMITT, *Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes*, Seuil, 2002, p.11.

⁸⁵ L'expression *doppio stato* est tout sauf anodine pour qui étudie les années de plomb en Italie. Il aurait existé, à côté de l'Etat « officiel » et démocratique un Etat occulte et criminel issu de l'action conjuguée d'une partie de la classe politique, des services de renseignements et des groupes mafieux.

⁸⁶ F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali : l'enigma costituente*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

II) L'Italie, une démocratie parlementaire respectant les canons constitutionnels inhérents à l'Etat de droit

La rencontre « législation anti-terroriste / Etat de droit » renvoie à la « question des limites, à la théorie des limites » en droit constitutionnel⁸⁷ : « juridicité et limitativité »⁸⁸. A partir de quel seuil l'Etat de droit se dilue-t-il, s'effondre-t-il, en raison des atteintes aux libertés fondamentales ? Critiquable, la législation pénale des années 70 l'est assurément puisqu'elle se traduit par une limitation de certaines libertés fondamentales. Mais ces mesures n'entraînent pas une suspension du droit, un *état-Etat* d'urgence, une transformation du système juridico-politique « en machine létale » (Agamben⁸⁹). L'Etat de droit - contradiction ou tautologie pour Kelsen-Troper⁹⁰, notion polysémique pour tous - fût dans ses grandes lignes respecté : soumission de l'Etat au droit par lui édicté (principe de légalité), existence d'une hiérarchie des normes régulée par les principes de validité et de conformité (sens formel), séparation des pouvoirs (libéralisme politique), institutionnalisation des droits politiques, économiques et sociaux (sens substantiel), intégration de ces droits et libertés au plus haut niveau de la hiérarchie normative (constitution et traités), justice constitutionnelle (gardienne supposée de l'Etat de droit). Non seulement les dispositions adoptées furent légitimes et légales au regard du péril institutionnel (1) mais le contrôle exercé par les principaux acteurs constitutionnels donnèrent sens à la notion de garantisme (2).

1) Légitimité et légalité des dispositions adoptées au regard du péril institutionnel

On s'éloigne ici - non sans contradiction - du positivisme un peu rigide qui a semblé prévaloir pour se rapprocher d'une « conception finaliste du droit telle que conçue par le rationalisme thomiste »⁹¹. En raisonnant en « termes téléologiques »⁹², une comparaison est opérée entre les moyens employés au regard du but poursuivi : situation, droit, finalité ... menace terroriste, norme législative, sauvegarde de l'Etat. L'Etat de droit ne pouvant faire l'objet d'une définition catégorique, statique, n'étant pas un agrégat d'éléments comptables, il reste à déterminer les intérêts en présence, en vertu du *balancing test* au cœur du fonctionnement des démocraties constitutionnelles pluralistes. L'Etat de droit italien ne sombre pas (en dépit de certaines dispositions fort périlleuses pour les libertés individuelles et collectives) : la législation adoptée repose sur le principe constitutionnel d'auto-conservation de l'ordre républicain (a), sa *ratio* respecte les principes de « raisonabilité » et proportionnalité (b) ; la portée démocratique des dispositions anti-terroristes se mesure à l'aune du non recours à des mesures de rupture constitutionnelle (c)

⁸⁷ L. FONTAINE, *Pouvoirs exceptionnels vs. Garantie des droits : l'ambiguïté de la question constitutionnelle*, RDP, 2009, 2, p.351.

⁸⁸ F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali : l'enigma costituente*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁸⁹ Cité par F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali : l'enigma costituente*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁹⁰ M. TROPER, *L'Etat de droit*, Droits, n°15, 1992, p.55.

⁹¹ F. SAINT-BONNET, *Exception, nécessité, urgence*, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p.676.

⁹² F. SAINT-BONNET, *Exception, nécessité, urgence*, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p.676.

a) Le principe constitutionnel d'auto-conservation de l'ordre républicain

Premier constat, la République en danger : que l'Etat démocratique soit menacé relève du truisme⁹³. Si au commencement étaient le Verbe, il est aisé de citer les déclarations montrant que la finalité du terrorisme est d'abattre les institutions démocratiques « bourgeoises inféodées au capitalisme spoliateur ». En lisant les recensions de Sommier, on trouve quelques fleurons de l'exaltation anti-étatique :

« l'idée était d'empêcher l'exercice de l'Etat et de désagréger l'Etat »⁹⁴,

« sans une théorie et une pratique de la violence, le mouvement révolutionnaire ne réussira jamais à se donner une stratégie pour abattre la domination du capitalisme et instaurer le pouvoir ouvrier »⁹⁵,

« Si la guerre civile n'est qu'une forme aiguë de la lutte des classes, il est évident que les lois de l'une, les lois de la guerre, s'applique à l'autre et en particulier les lois de la guerre de partisans qui veulent que la meilleure défense réside dans l'attaque »⁹⁶,

« l'insurrection représente (...) un point de vue raisonnable face à l'irrationalité désespérée de la répression » (Negri)⁹⁷,

« La violence était propédeutique »⁹⁸,

Après le Verbe, l'Action, subversive. Les chiffres sont éloquentes : 4400 attentats entre 1969 et 1975, 8400 entre 1976 et 1980 avec une période 1977-1979 particulièrement tragique⁹⁹.

L'Etat est confronté à un discours révolutionnaire qui se prétend constituant, donc légitime. Benjamin (violence fondatrice, violence conservatrice), Schmitt (décisionnisme souverain), Agamben (exception devenue règle, droit synonyme de non droit) sont abondamment cités. La lecture de Derrida (peu cité par ailleurs) explique l'engouement pour Benjamin : ce dernier justifie « le recours à la violence en alléguant l'instauration en cours ou à venir d'un nouveau droit, d'un nouvel Etat »¹⁰⁰. Derrida, en note de bas de page, s'empresse d'ajouter : « On trouve le principe d'un argument analogue chez Carl Schmitt »¹⁰¹. L'idéologie terroriste voit donc dans les forces révolutionnaires de résistance un « pouvoir constituant », par définition pouvoir originaire. Elles s'auto-attribuent la légitimité de l'histoire et de la justice face à l'Etat despote, au sort futur d'Ancien régime. Avec la « catégorie grammaticale du futur antérieur » (Derrida)¹⁰² - le « droit à venir légitimera en retour, rétrospectivement, la violence qui peut heurter le sentiment de justice, son futur

⁹³ D. DELLA PORTA, *Social movements, political violence, and the state. A comparative analysis of Italy and Germany*, Cambridge Univ. Press, 1995, p.26.

⁹⁴ Lanfranco (AutOp), in I. SOMMIER, *La violence politique et son deuil. L'après 68 en France et en Italie*, PUR, 2008, p.74.

⁹⁵ *Potere operaio* (fin 1971-début 1972), in I. SOMMIER, *La violence politique et son deuil. L'après 68 en France et en Italie*, PUR, 2008, p.54.

⁹⁶ Ligue Communiste, in I. SOMMIER, *La violence politique et son deuil. L'après 68 en France et en Italie*, PUR, 2008, p.54.

⁹⁷ T. NEGRI, *La classe ouvrière contre l'Etat*, Galilée, 1978, p.190-191, in I. SOMMIER, *La violence politique et son deuil. L'après 68 en France et en Italie*, PUR, 2008, p.57.

⁹⁸ Cité par I. SOMMIER, *La violence politique et son deuil. L'après 68 en France et en Italie*, PUR, 2008, p.57.

⁹⁹ F. PALAZZO, *Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie*, « Rev. sc. crim. », 1987, p.639.

¹⁰⁰ J. DERRIDA, *Force de loi*, Galilée, 1994, p.87.

¹⁰¹ J. DERRIDA, *Force de loi*, Galilée, 1994, p.87.

¹⁰² J. DERRIDA, *Force de loi*, Galilée, 1994, p.88.

antérieur la justifie déjà »¹⁰³ - surgit la notion de pouvoir constituant. On songe alors immédiatement à l'ouvrage éponyme de Negri, au sous-titre naïvement prométhéen : « Essai sur les alternatives de la modernité ».

Faire sombrer l'Etat implique de le délégitimer, d'où le fréquent parallèle droit fasciste / droit républicain. Les « résistants » des années de plomb se comparent aux résistants anti-fascistes¹⁰⁴, facile raccourci historique. La thèse de l'Italie républicaine récupérant le Code Rocco pour instaurer un *état / Etat* d'urgence, d'exception ne tient pas la route au regard du maintien des garanties procédurales et des libertés substantielles. Nonobstant le terrorisme noir encadré par des services secrets inféodés à l'Otan-CIA (Gouvernement Tambroni, 1960), général De Lorenzo (1964), prince Borghese (1970) ... la thèse d'un Etat à la « provocation ... terroriste »¹⁰⁵ est sans fondement. Ce renversement de perspective – la « résistance », càd la lutte armée (Negri)¹⁰⁶, serait la seule réponse possible au terrorisme d'Etat et à ses « rafles (sic) » – est inacceptable. Que l'Italie soit l'un des temples de la guerre froide, que les services secrets¹⁰⁷ représentent un réel danger sur fond de « *doppio Stato* », que la démocratie soit « bloquée » par une *conventio ad excludendum* mâtinée de consociativisme ne fait pas l'ombre d'un doute ; de là à rendre légitime la subversion prolétarienne dans sa version eschatologie marxienne...

Face au péril terroriste, l'interventionnisme des pouvoirs publics peut être regardé comme logique et régulier : il est fondé sur le principe d'auto-conservation de l'ordre constitutionnel républicain. Dès 1965 (n°9), la Cour constitutionnelle se prononce sur la notion d'ordre public : étant un bien inhérent au présent régime constitutionnel, son maintien constitue « une finalité immanente au système constitutionnel » Toute constitution prévoit implicitement et ontologiquement sa propre conservation¹⁰⁸ (clause *rebus sic stantibus*¹⁰⁹).

Selon la formule d'un des plus grands juristes italiens, « toute constitution ne peut pas ne pas vouloir sa propre survivance »¹¹⁰ ; Hauriou en son temps parle de « légitime défense de l'Etat »¹¹¹. Emerge ensuite la notion « d'ordre public constitutionnel »¹¹², regardée comme une « clause générale limitative des droits fondamentaux »¹¹³ : il est possible de restreindre les libertés pour préserver cet ordre public constitutionnel, socle de la vie et de la paix sociales. Si la réponse normative ne saurait s'analyser en une obligation de conformité et soumission idéologique, incompatible avec la logique de l'Etat de droit, il y a à côté de l'obligation constitutionnelle de protection des droits fondamentaux, obligation constitutionnelle

¹⁰³ J. DERRIDA, *Force de loi*, Galilée, 1994, p.87-88.

¹⁰⁴ P. PERSICETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.173.

¹⁰⁵ T. NEGRI, « Le Monde diplomatique », août 1998, p.25.

¹⁰⁶ T. NEGRI, « Le Monde diplomatique », août 1998, p.25.

¹⁰⁷ La littérature des *Arcana*, des secrets d'Etat, atteint en Italie un volume difficilement mesurable. On y dénonce encore avec fréquence les manœuvres et complots des *poteri forti*, sans que soit précisé le sens précis de cette expression.

¹⁰⁸ G. MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno*, Milano, Giuffrè, 1966, p.294.

¹⁰⁹ Thèse regardée comme minoritaire par une doctrine autorisée. P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p.43-44.

¹¹⁰ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p.205.

¹¹¹ Cité par F. SAINT-BONNET, *Exception, nécessité, urgence*, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p.676.

¹¹² CC, n°19 de 1962 ; CC, n°168 de 1971 ; CC, n°15 de 1973.

¹¹³ G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour constitutionnelle italienne*, « Rev. dr. pub. », 1981, p.521.

de sauvegarde des institutions¹¹⁴. Devant de telles menaces, doit prévaloir « l'interdiction du suicide légal de la démocratie »¹¹⁵ et une notion inhérente à l'Etat de droit : la notion de « raison de l'Etat de droit ». Il est fort révélateur que Ferrajoli refuse de discuter sur le point de savoir si la défaite terroriste équivaut à la survie des bases démocratiques de l'Etat ... Et pose un axiome : le terrorisme n'a jamais représenté une menace réelle pour l'Etat¹¹⁶. Discutable.

b) Ratio de la législation : « raisonabilité » et proportionnalité des dispositions adoptées

La Cour constitutionnelle consacre sans le dire explicitement cette notion de « raison de l'Etat de droit » et le principe d'auto-conservation des institutions dans sa célèbre et controversée décision n°15 de 1982. Pour se prononcer sur le caractère raisonnable et proportionné des dispositions contestées (« loi Cossiga », 1979), elle se penche sur la *ratio* de la loi. Sa finalité est de protéger l'ordre démocratique et la sécurité publique tant « on ne peut certes pas douter de l'existence et de la consistance, de la particularité et de la gravité du phénomène que l'on entend combattre... ». Il s'agit d'un phénomène caractérisé non seulement par le dessin d'abattre les institutions démocratiques mais aussi par la violence comme méthode de lutte politique. Face à une telle situation d'urgence, le Parlement et le Gouvernement ont non seulement le droit et le pouvoir mais aussi *le précis et indéclinable devoir*¹¹⁷ d'agir, en adoptant une adéquate législation.

Le juge constitutionnel de 1982 encadre à sa manière les mesures législatives déferées. Il les qualifie de réponses temporaires, découlant de la situation d'urgence et devant cesser avec la fin de cette dernière : elles perdraient leur caractère régulier si elles étaient prorogées une fois la situation d'urgence terminée. En ce qui concerne les délais de détention préventive (contestés en l'espèce et contables), ils ne sont pas regardés comme disproportionnés au égard des difficultés objectives qui existent dans le cadre de l'instruction des délits terroristes.

c) Le non recours à des mesures de rupture constitutionnelle

L'Italie des années 70 / 80 n'a pas quitté le chemin de la civilisation juridique pour entrer dans la voie de la barbarie. Cela est vrai au regard du non recours à certains instruments juridiques (le négatif étant parfois un excellent révélateur en matière de libertés) : absence de juridictions spéciales, absence d'interdiction d'accès aux emplois publics (comme en RFA) ... absence de transfert à l'autorité militaire des pouvoirs ordinaires de police ... absence d'utilisation de l'article 78 C. (état de guerre, seul « état de rupture » prévu par la Constitution¹¹⁸). A lire, ou à écouter certains protagonistes de l'époque des années de plomb¹¹⁹, on a parfois le sentiment que les contempteurs des « techniques substitutives » regrettent la non utilisation de

¹¹⁴ G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p.218.

¹¹⁵ G. Radbruch, cité par L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, 2002, p.593.

¹¹⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.869.

¹¹⁷ Souligné par nous.

¹¹⁸ P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, p.221.

¹¹⁹ Cf. l'intervention orale d'O. Scalzone à l'occasion du colloque international organisé par M. Lazar et M.-A. Matard-Bonucci, *L'Italie des années de plomb : le terrorisme entre histoire et mémoire*, 10-11 octobre 2008.

cet article 78 C. (« l'arme nucléaire constitutionnelle »), avec ce raisonnement paradoxal : la condamnation du recours à la législation ordinaire. Il est vrai que l'utilisation de l'article 78 C. aurait permis une condamnation catégorique de l'Etat italien et rendu plus facile le rapprochement avec certains pays autoritaires.

2) Le maintien d'un substantiel « garantisme » via le contrôle exercé par les acteurs constitutionnels

« La plasticité du droit et l'autonomie dont disposent les autorités d'interprétation permettent de donner un fondement juridique à n'importe quel type de décision, même un coup d'Etat militaire (Troper)¹²⁰. Point d'Etat militaire ici. Les dispositions adoptées - y compris celles faisant office de décrets-lois - l'ont été en vertu des mécanismes prévus par la Constitution. Tel est le cas décrets-lois gouvernementaux, validés par le Parlement (a). Tel est le cas des lois déferées à la Cour constitutionnelle (b). Enfin, le peuple souverain a lui aussi exercé un « contrôle » démocratique, en s'opposant à deux reprises à l'abrogation des mesures anti-terroristes contestées (c).

a) Usage des décrets-lois par le Gouvernement et validation parlementaire

Agamben pointe du doigt la technique normative des décrets-lois, critère selon lui de l'état d'urgence¹²¹ ... à l'instar de la suspension de la constitution. Comparer le décret-loi à la suspension de la constitution n'a pas de sens : l'un est prévu par la constitution¹²², l'autre emporte le décès de cette dernière. Le pouvoir gouvernemental d'intervenir dans le domaine de la loi ne signifie en rien pouvoir exceptionnel ; c'est une technique prévue dans la plupart des constitutions démocratiques, nécessaire au bon fonctionnement de l'appareil d'Etat. Médire sur le décret-loi en tant qu'instrument normatif de gouvernement relève d'une pensée politique des siècles passés, voyant dans l'exécutif l'hydre statufiant les libertés et dans le doux législateur d'obéissance rousseauiste le parangon de la modernité émancipatrice. Gouvernement, chef de l'Etat, Parlement (et éventuellement Cour constitutionnelle) sont impliqués dans la procédure. Nous sommes loin du pouvoir exorbitant confié à un exécutif dictatorial. On ne peut donc prétendre que l'utilisation de l'article 77 C. vide de sa substance l'article 70 C. (compétence législative du Parlement)¹²³. Ce dernier est appelé à statuer dans le délai requis (60 jours) pour valider le texte gouvernemental.

Si une telle technique juridique a semblé dans le passé et aujourd'hui encore dénaturé¹²⁴, tel n'est pas le cas durant la période des années de plomb : peut-on nier qu'il a y urgence à agir face aux menaces ? Le plus simple consiste en la lecture de l'article 77 C. qui, après interdiction faite au gouvernement d'adopter des décrets

¹²⁰ M. TROPER, *L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel*, in *L'exception dans tous ses états* (coll.), Parenthèses, 2007, p.175.

¹²¹ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.33.

¹²² Pour un rejet absolu de la technique des décrets-lois au nom de la rigidité de la Constitution, voir l'œuvre de Mortati (et notamment ses interventions durant l'Assemblée constituante de 1947). L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p.483 et 484.

¹²³ *Contra V. ANGIOLINI, Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, p.242.

¹²⁴ Notable évolution jurisprudentielle avec les décisions n°171 de 2007 et n°128 de 2008 : la Cour constitutionnelle opère enfin un effectif contrôle sur les conditions de nécessité et d'urgence. Elle censure des décrets-lois ne remplissant pas, à ses yeux, de telles conditions.

ayant valeur de loi ordinaire, dispose : « Lorsque dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il doit, le jour même, les présenter aux chambres, pour leur conversion en loi ; mêmes dissoutes, celles-ci sont spécialement convoquées et se réunissent dans les cinq jours. Les décrets perdent toute efficacité *ab initio* s'ils ne sont pas convertis en lois dans les soixante jours qui suivent leur publication. Les Chambres peuvent toutefois régler par une loi les rapports juridiques créés par des décrets-lois non convertis ».

L'argumentation d'Agamben – contournement du principe selon lequel les droits des citoyens ne peuvent être limités que par la loi, caducité du principe de la division des pouvoirs, absorption partielle du pouvoir législatif par l'exécutif, obsolescence de la souveraineté parlementaire, survenance d'une République gouvernementale en lieu et place de la République parlementaire – ne convainc pas. Non seulement l'usage des décrets-lois est régulier - sont respectées les conditions prévues par la Constitution¹²⁵ - mais on est en droit de se demander si la période des années 1970-80 ne fut pas la seule où ces conditions le furent : les cas « extraordinaires de nécessité et d'urgence » existaient matériellement alors, ce qui est loin d'être vrai dans les années ultérieures.

Quant à l'argumentation centrée sur la décadence d'un législatif victime du décisionnisme gouvernemental, il n'a que peu à voir avec les années de plomb et l'état d'exception : c'est un trait caractéristique des démocraties d'après-guerre connaissant un parlementarisme majoritaire (même instable comme l'Italie). Dans le cadre de la relation organique et normative gouvernement / parlement, on peut reprendre la césure avancée par Modugno et Nocilla¹²⁶ : si la « primauté de position » appartient au parlement, entité de contrôle et de garantie ... la primauté fonctionnelle appartient au gouvernement, entité opérationnelle (notamment sur le fondement de l'article 77 C.). L'utilisation de ce dernier et l'adoption d'une législation pénale antiterroriste ne sont pas ontologiquement liées. Quand Bobbio analyse jadis l'augmentation du recours à l'article 77 C., il ne l'explique pas par le phénomène terroriste mais par l'instabilité gouvernementale. Un gouvernement assuré de peu durer dans un système partitocratique agit vite : « *l'urgence ne dérive pas de la matière sur laquelle on doit prendre une décision*¹²⁷, mais est inhérente au sujet (le Gouvernement) qui est contraint de prévoir toujours des temps réduits pour son action »¹²⁸. Ce n'est donc pas l'urgence qui est permanente à lire Bobbio, c'est la crise partitocratique depuis l'aube du régime ; il se livre ainsi à une analyse très classique de la situation politique et normative, délié du contexte terroriste.

b) Dispositions législatives et contrôle de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle a rendu plusieurs décisions relatives aux lois adoptées en situation d'urgence. Dès 1976 (n°88), elle est appelée à se prononcer sur la loi n°152 de 1975 (« legge Reale ») et plus précisément sur la question de la détention préventive. Le juge opère une lecture éclairante de l'article 27 C. (principe de la

¹²⁵ Hautement contestable apparaît alors la thèse d'Esposito, voyant dans le décret-loi un acte invalide dont le vice sera purgé par la loi de conversion. V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, p.243.

¹²⁶ F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p.538.

¹²⁷ Souligné par nous.

¹²⁸ N. BOBBIO, *La crise permanente*, Pouvoirs, Italie, 18, 1981, p.10.

présomption d'innocence) : cette dernière, selon la volonté même du constituant de 1947, ne doit pas s'entendre de manière absolue, empêchant toute mesure privative de liberté antérieure au procès. Le régime restrictif de la liberté provisoire doit se mesurer à l'aune des « graves raisons » qui ont poussé le législateur à intervenir en raison de « l'alarmante recrudescence du phénomène de la criminalité ».

Vient ensuite la décision la n°15 de 1982, symbole des années de plomb ; elle fixe le cadre jurisprudentiel¹²⁹. La Cour est saisie de la « loi Cossiga » par les juges ordinaires : pour ces derniers, la durée de la détention préventive excéderait les limites raisonnables conduisant au non respect du principe de non culpabilité de l'inculpé (art. 27 C.). L'application du décret-loi aux procédures en cours emporterait discrimination au détriment des personnes concernées (violation de l'art. 3 C., principe d'égalité). Le principe de légalité serait également violé en ses articles 13 C. (réserve légale) et 25 C. (utilisation d'un décret-loi alors que les normes visées seraient non pas de nature processuelle mais substantielle). Pour la Cour, les mesures législatives sont présentées comme des réponses temporaires, découlant de la situation d'urgence et devant cesser avec la fin de cette dernière. Elles perdraient leur caractère régulier si elles étaient prorogées une fois la situation d'urgence terminée. La législation d'urgence signifie droit temporaire calqué sur un péril (que l'on espère) temporaire ; point d'état d'exception.

La Cour introduit une « clause temporelle » : « même dans un régime d'urgence, ne serait pas justifié un trop grand prolongement des termes de la durée de la détention préventive, à peine de conduire vers un substantiel anéantissement de la garantie ». Semonce adressée au législateur : les mesures privatives de liberté seraient contraires à l'article 13 C. (réserve légale au profit du Parlement) si elles devenaient pérennes. Le texte de 1979 ne prévoyant pas une temporalité quelconque pour sa mise en œuvre, la notion de « norme provisoire » est donc introduite par la Cour (décision « manipulative »). Le juge ne fixe aucune précision quant aux moyens permettant de déterminer le moment où la loi n'a plus vocation à s'appliquer ; il laisse les organes compétents (Gouvernement et Parlement) le décider sous son contrôle dans l'hypothèse d'une saisine ultérieure¹³⁰.

La Cour refuse de se prononcer sur la constitutionnalité des moyens employés pour éradiquer le terrorisme ; il ne lui appartient pas de se substituer au législateur¹³¹. Il revient aux pouvoirs publics de choisir les moyens par eux jugés appropriés ; en vertu même de la Constitution, le juge ne peut se substituer au Parlement qui a la « responsabilité de protéger la liberté ». Avec cette décision de 1982, la Cour fait sienne l'exigence de défense sociale¹³². Il n'est pas étonnant qu'une partie de la doctrine réagisse violemment, voyant un renoncement au pouvoir de contrôle sur les

¹²⁹ Voir aussi la décision n°1 de 1980.

¹³⁰ La Cour ne retient pas la Convention européenne des droits de l'homme comme « paramètre de jugement de constitutionnalité », en raison de son absence de *concretezza* : elle ne se situe pas au niveau constitutionnel et ses articles ne reçoivent pas immédiate application dans l'ordre interne. Pour une jurisprudence précisant la place des normes conventionnelles au regard de la Constitution, voir les décisions n°348 et 349 de 2007. On se permet de renvoyer à F. LAFFAILLE, *Convention européenne des droits de l'homme et Constitution italienne. La place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative*, RDP, à paraître.

¹³¹ C'est un « choix politique » que celui de la Cour : elle irait au-delà du texte qui ne prévoit pas de mécanisme *extra ordinem*. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p.315.

¹³² Dès 1974 avec la décision n°17, elle adoptait une politique jurisprudentielle en retrait par rapport à la décision n°64 de 1970 en matière d'incarcération. Dans cette dernière décision, le « sacrifice de la liberté de l'inculpé » devait être subordonné étroitement à l'espèce de la procédure en cours.

lois¹³³. Fonction « notariale » du juge a-t-on écrit¹³⁴ qui se contente dans ses décisions de formules vagues, tautologiques : c'est le défaut de motivation qui est dénoncé et le grief n'est pas récent, remontant à l'époque des premières mesures législatives antiterroristes¹³⁵. La décision de 1982 est aisément critiquable en raison de l'évidente volonté de ne pas franchir le seuil de la censure ; le *self-restraint* de la *Consulta* se mesure à l'aune d'une crainte, celle qui consiste à par trop pénétrer la sphère du législateur. Cela a pour conséquence concrète de ne pas invalider une disposition telle que celle relative à la détention préventive dont la durée peut excéder une décennie. Il y a là, sans nul doute, un retrait juridictionnel excessif dont pâtissent les libertés fondamentales et l'Etat italien lui-même en sa crédibilité.

Pour nombre de juristes de l'époque, il y a utilisation *abnorme* des principes de raisonnable et proportionnalité, au point d'accepter la suspension de fait de certaines normes constitutionnelles¹³⁶. Survendrait dans cette hypothèse un inacceptable contournement de l'article 138 C., procédure de révision de la Constitution. Pinna (dont l'ouvrage fait référence) y voit la réception de la thèse des « techniques substitutives », tout en ajoutant que règne le flou absolu s'agissant des critères de détermination¹³⁷. Affirmer cependant que le juge - quand il déclare la régularité des normes déferées en raison de leur caractère temporaire - admet la suspension de normes constitutionnelles¹³⁸ semble une assertion contestable. Il n'y a pas suspension de normes constitutionnelles, il y a adoption de normes législatives dont la temporalité dépend de la pérennité de circonstances contraires à l'ordre public constitutionnel et synonymes de danger légal pour l'Etat. Sans doute les dispositions litigieuses seraient elles censurées en un autre contexte, mais cela ne signifie pas avènement d'un Etat de non droit. Chaque année des lois sont censurées par le juge, non pas au nom de la suspension de la Constitution, ou de l'exception mais du simple contrôle de constitutionnalité. Où se niche « l'état d'exception » ?

Au total, la Cour constitutionnelle adopte un ton conciliant envers le Parlement. C'est encore vrai en 1985 (CC, n°38) dans une décision qui porte de nouveau sur le décret-loi n°625 de 1979 (dit Cossiga). La *Consulta* doit se prononcer sur la disposition qui interdit au juge ordinaire – en raison de l'*aggravante* de la finalité de terrorisme ou de subversion de l'ordre démocratique – de retenir les circonstances atténuantes. La Cour voit dans la *ratio* de la loi (outre un constat en forme de truisme : rendre plus sévère les peines relatives aux délits terroristes) le souci de ne pas exposer les magistrats à des mesures de rétorsions de la part des organisations terroristes¹³⁹. Toujours cette crainte de la Cour constitutionnelle de tomber dans la *politicità* et par là d'empiéter sur la latitude d'action normative du législateur. Une

¹³³ Par ex. V. GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, "Pol. del dir.", 2, juin 1982, p.261.

¹³⁴ V. GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, "Pol. del dir.", 2, juin 1982, p.262.

¹³⁵ G. ILLUMINATI, *Una discutibile interpretazione della presunzione di non colpevolezza : la recente riforma della libertà provvisoria davanti alla Corte costituzionale*, "Giur. Cost.", 1976, p.1668.

¹³⁶ V. ANGIOLINI citant L. CARLASSARE et A. PACE, in V. ANGIOLINI, *Emergenza che trovi, Costituzione che vuoi ?*, "Giur. Cost.", 1989, p.2127.

¹³⁷ P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, « Giur. Cost. », I, 1983, p.599.

¹³⁸ P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p.141.

¹³⁹ G. NEPPI MODONA, *La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata*, in T. GROPPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, Editorial Scientifica, 2006, p.88.

pudeur que l'on peut critiquer sans pour autant qualifier la Cour constitutionnelle de féal de l'Etat terroriste.

c) Peuple souverain et référendum négatifs (1978, 1981)

Enfin, le peuple souverain. Le 11 juin 1978, un référendum vise la « loi Reale » : le non l'emporte avec 76,5% des suffrages exprimés. Le référendum du 17 mai 1981 vise la « loi Cossiga » : le non l'emporte avec 85,1% des suffrages exprimés. A deux reprises, le peuple italien se prononce sur le fondement de l'article 75 C., le référendum abrogatif. A deux reprises, le référendum est validé puisque le quorum est atteint (50% des électeurs inscrits). A deux reprises, les citoyens manifestent leur hostilité à l'abrogation des dispositions législatives contestées. Bien plus encore, non seulement les scores en faveur du « non » sont massifs mais de surcroît, ils montrent une progression sensible dans la volonté du *status quo* (76,5% puis 85,1%). Ils montrent aussi une participation massive : à aucun moment ne se pose la question d'une éventuelle non validation des résultats pour défaut de quorum. Les italiens des années de plomb manifestent un intérêt qui contraste avec la faible mobilisation des années ultérieures. La raison, pour être non juridique, n'est sans doute pas anodine : la peur de la violence révolutionnaire est alors réelle. Cela ne justifie pas le sacrifice de certaines libertés fondamentales ; cela ne signifie pas avènement d'un « état d'exception ».

La période étudiée a à ce point marqué l'Italie qu'elle structure aujourd'hui encore une large partie du débat politique et juridique¹⁴⁰. Durant la période des années de plomb, l'Etat est facilement peint sous les traits d'un « Etat *cattivo* » (mauvais, méchant), horrible Behemot-Leviathan. Il fut aussi assimilé à une entité maléfique (mafieuse) aux « bras tentaculaires de la pieuvre »¹⁴¹.

La législation pénale des années 70-80 fut regardée comme une classique application de la doctrine de la nécessité justifiant le dépassement du droit positif par les organes étatiques et donnant une légitimité à un exercice du pouvoir en contradiction avec la Constitution¹⁴². Il est cependant peu pertinent d'analyser l'Italie à l'aune de doctrines qui trouvent leur source au sein de l'Etat libéral (peu, voire non démocratique), doctrines utilisées pour combattre alors les ennemis de la monarchie puis du fascisme. La fin du XIXème ou le début du XXème siècles ont beau faire leur la maxime de Ciceron - *salus rei publicae suprema lex esto* - ou récupérer le Machiavel des *Discours sur la première décade de Tite Live*, ils ne sont guère d'utilité pour juger et jauger la République. La démocratie libérale constitutionnelle italienne n'a pas quitté les sentiers de la civilisation juridique. Les comparaisons avec l'Etat fasciste et les dictatures sud-américaines ont présenté un caractère indécent ; les échos de l'exception romaine version Agamben ou du décisionisme schmittien ne sont guère transposables dans l'Italie de la Démocratie chrétienne appuyé par un

¹⁴⁰ On se permet de renvoyer à F. LAFFAILLE, *L'Etat de droit en Italie durant les années de plomb et sa perception par la doctrine juridique française*, in M. LAZAR, M.-A. BONUCCI, *L'Italie des années de plomb entre histoire et mémoire*, colloque international IEP de Paris, 11-12 octobre 2008, à paraître en France et en Italie.

¹⁴¹ A. SCHIMEL, *Face au terrorisme : des lois spéciales à l'italienne*, « Sociologie du travail », 1986, p.538.

¹⁴² P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p.84.

Parti communiste veuf du grand soir. Il est fort révélateur que l'argumentation révolutionnaire dénonce le vice du formalisme juridique de l'Etat bourgeois oppresseur¹⁴³ ... pour ensuite se l'approprier, contre l'Etat¹⁴⁴ : vilipendé auparavant comme le socle de « l'état d'exception », le formalisme juridique devient une enveloppe du droit substantiel protecteur des libertés. Une fois le combat perdu, il est significatif que le débat glisse sur le terrain de l'amnistie et de l'extradition. Cette présumée légitimité de l'action des « résistants » - dont les erreurs ne doivent pas éluder la « générosité »¹⁴⁵ (sic) - conduit à demander à l'Etat une identique générosité pour les détenus (naturellement « politiques ») : amnistie et refus d'extradition deviennent les combats médiatiques des années 80 et suivantes. Les pourfendeurs de l'Etat libéral-démocratique bourgeois invoquent des principes qu'ils entendaient détruire en raison de leur iniquité. La rhétorique anti-étatique en appelle même au concept de constitution matérielle (dite « genèse historique » des formes juridiques »¹⁴⁶). Le droit reste le « champ de bataille pour la lutte des classes »¹⁴⁷ : Mortati et Marx réunis en une étrange alliance ! Manque alors seulement le recours au droit naturel, facile paravent d'une illégalité terroriste qui prétend revêtir le masque de la justice (de classe). Sans tomber dans le « fétichisme légaliste »¹⁴⁸, on rejette un jusnaturalisme indéterminé transformant la morale et le *buonismo* en pseudo démonstration juridique. Une identique remarque prévaut pour un droit de résistance à l'encadrement juridique incertain et qui n'existe pas dans la Constitution. « L'amendement Dossetti » - instituant sur les traces françaises de 1793 la résistance comme droit et devoir du citoyen en cas de violation par les pouvoirs publics des libertés fondamentales et les droits garantis par la Constitution - fut rejeté lors des travaux de l'Assemblée constituante¹⁴⁹ de 1947. Et puis l'éternelle invocation du droit naturel est incapable de sortir de l'ambivalence conceptuelle et historique : de quel droit naturel parle-t-on ? Faut-il se tourner vers Aristote, Thomas d'Aquin, Grotius... ? Autant de non réponses.

Reste bien sûr une question, la question : n'a-t-on pas changé de paradigme avec le 11 septembre ? Si les principes constitutionnels auxquels il est porté atteinte - droit à la vie, liberté personnelle, droits de la défense, présomption d'innocence, liberté de domicile, liberté et secret de la correspondance, liberté de circulation... - sont identiques, le pan-pénalisme évoqué par Ferrajoli semble davantage recevoir application dans l'ère de l'hyper-terrorisme tant il vise tout citoyen et semble englober chaque élément de la sphère sociétale. L'Italie des années de plomb pourrait alors rétrospectivement quitter la catégorie d'Etat policier à laquelle certains la rattachent abusivement. Pour enfin que triomphe ce truisme : l'imparfait Etat de droit n'est pas la nuit du droit, encore moins un Etat sans droit(s).

* Professeur de droit public, Université de Nancy 2, IRENEE

¹⁴³ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.107.

¹⁴⁴ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.149.

¹⁴⁵ T. Negri cité par A. SCHIMEL, « Le Monde diplomatique », avril 1998, p.23.

¹⁴⁶ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.152.

¹⁴⁷ P. PERSICHETTI, O. SCALZONE, *La révolution et l'Etat*, Dagorno, 2000, p.152.

¹⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.877.

¹⁴⁹ G. AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p.24-25.