

CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

15-17 JUIN 2023 – TOULON

Communication écrite

Atelier n°7 : Évolutions constitutionnelles en Méditerranée

LA DÉMOCRATIE MILITANTE À L'ITALIENNE

Actualités et problématiques de l'antifascisme constitutionnel

Augustin BERTHOUT

ATER en droit public à l'Université de Montpellier (CERCOP)

Plan

§I. L'INEFFICACITÉ ORIGINELLE DE L'ANTIFASCISME CONSTITUTIONNEL ITALIEN	5
A. Une définition problématique de l'organisation fasciste	6
1. Le rejet consensuel d'une définition extensive du fascisme	6
2. L'interprétation dissensuelle d'une définition restrictive du fascisme.....	8
B. Une dissolution impraticable de l'organisation fasciste	9
1. Une dissolution normale conditionnée <i>a priori</i> par l'existence d'un jugement pénal.....	10
2. Une dissolution exceptionnelle conditionnée <i>a posteriori</i> par un soutien parlementaire.....	11
§II. LA RÉACTIVATION CONTEMPORAINE DE L'ANTIFASCISME CONSTITUTIONNEL ITALIEN	12
A. Une réactivation de l'antifascisme constitutionnel en matière électorale	12
1. L'établissement progressif d'un contrôle des candidatures électorales.....	12
2. Le perfectionnement du contrôle des candidatures électorales	13
B. Une réactivation de l'antifascisme constitutionnel en matière de liberté de réunion	14
1. L'émergence d'une conditionnalité antifasciste pour la concession d'espaces publics	15
2. Les problèmes de la conditionnalité antifasciste pour la concession d'espaces publics	16

Le 23 novembre 1944, dans le quotidien italien *Corriere di Roma*, le philosophe Guido Calogero (1904-1986), résistant et fondateur du parti de centre-gauche *Partito d'Azione*, s'exprimait en ces termes : « *l'un des points sur lesquels, on peut le dire, tout est le monde est d'accord aujourd'hui, quels que soient les partis et les courants, c'est que la démocratie doit être défendue. La démocratie ne peut pas se laisser renverser par ceux qui utilisent ses libertés pour arriver au pouvoir et qui les détruisent aussitôt après* »¹. Presque oublié aujourd'hui, y compris en Italie, l'auteur romain était sur le point de lancer un débat au sein de la société italienne sur l'opportunité d'établir une démocratie qui se défend contre ses ennemis politiques.

L'idée qu'une démocratie doive se protéger contre ses détracteurs est souvent présentée comme une idée allemande. En effet, la première conceptualisation d'un droit administratif et constitutionnel de la défense de la démocratie libérale a été réalisée en 1937 par le juriste bavarois Karl Loewenstein, alors en exil aux États-Unis. Il forgea la notion de démocratie militante (*militant*

¹ G. CALOGERO, « La difesa della democrazia », *Corriere di Roma*, 23 novembre 1944, republié in F. Mazzei, *Liberalismo e "democrazia protetta"*, *Un dibattito alle origini dell'Italia repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011, p. 72-74, p. 73.

democracy) pour expliquer deux choses². D'une part, sur un plan descriptif, il souhaitait rendre compte d'un phénomène législatif de défense de la démocratie qu'il pouvait constater dans les États européens qui résistaient le mieux au « *fascisme* ». Il visait notamment l'établissement des mécanismes de dissolution des organisations subversives, l'interdiction du port d'uniformes pour les organisations politiques, ou encore l'interdiction d'accès à la fonction publique pour les personnes considérées comme « *extrémistes* ». D'autre part, sur un plan prescriptif, il estimait que les démocraties « *devaient* » devenir militantes, en abandonnant la doctrine libérale classique du « *laissez-faire* », et s'engageant elles-mêmes dans le combat contre les fascismes européens.

Sous l'influence de Karl Loewenstein³, mais aussi sous celle d'autres juristes et hommes politiques de la Reconstruction, comme celle du député SPD Carlo Schmid, l'idée que la nouvelle démocratie allemande devait désormais se défendre contre ses ennemis politiques était sur le point d'être consensuellement admise. Une déclaration de ce dernier à l'Assemblée constituante en 1948 faisait ainsi écho aux propos de Guido Calogero : « *cette égalité et cette liberté [des partis politiques] doivent-elles être absolues et totalement illimitées [...] ? Devrons-nous agir à l'avenir de la même façon que nous avons agi au temps de la république de Weimar [...] face aux nazis ? Je suis d'avis, pour ma part, qu'il n'appartient pas au concept de démocratie d'aménager les conditions de son abolition* »⁴. Suivant cette logique, le constituant allemand établit divers mécanismes juridiques de protection de la nouvelle démocratie libérale, et notamment la possibilité de dissoudre les associations et les partis politiques subversifs (articles 9§2 et 21§2 de la Loi fondamentale), ainsi que la possibilité de déchoir de ses droits fondamentaux l'individu subversif (article 18 de la Loi fondamentale). L'idée a particulièrement été développée par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision d'interdiction du parti communiste allemand en 1956 et dans le courant des années 1970 lorsqu'elle valida les interdictions d'accès à la fonction publique pour les personnes considérées comme « *extrémistes* »⁵. La Cour argua qu'à la différence de Weimar, Bonn entendait se défendre contre ses ennemis politiques et que, de ce fait, elle n'était plus une démocratie neutre, mais une démocratie engagée pour la défense des valeurs libérales et démocratiques. Les juges de Karlsruhe reprirent alors l'expression : la démocratie allemande était devenue selon eux une « *démocratie combative/militante* » (*streitbare Demokratie*).

Partant de ce constat, la doctrine constitutionnelle allemande et étrangère tend souvent à présenter la démocratie militante comme une notion essentiellement allemande⁶. Toutefois, si l'on comprend bien pourquoi en Allemagne cette idée que la démocratie devait désormais se défendre contre ses ennemis, a pu avoir un écho particulièrement important après la Seconde Guerre mondiale, il est également possible de se demander si et comment les autres démocraties libérales d'après-guerre ont entendu, elles aussi, se défendre contre les organisations subversives. Dans le cadre restreint de cette étude, c'est le cas italien que nous proposons d'étudier en raison des similitudes entre la prise du pouvoir par Mussolini en 1922 et celle de Hitler en 1933, le second n'ayant jamais caché s'être inspiré du premier⁷.

² K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights I », *American Political Science Review*, Vol. 31, n° 3, 1937, p. 417-432 ; ID., « Militant Democracy and Fundamental Rights II », *American Political Science Review*, Vol. 31, n° 4, 1937, p. 638-658.

³ U. GREENBERG, *The Weimar Century. German Émigrés and the Ideological Foundations of the Cold War*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 200 et s.

⁴ Cité par A. SIMARD, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en R.F.A. », *JusPoliticum* [en ligne], n° 1, 2008, p. 1-20, p. 8.

Plus généralement, sur la démocratie militante allemande et les travaux constitutants voir A. SCHERB, *Präventiver Demokratieschutz als Problem der Verfassungsgebung nach 1945*, Verlag Peter Lang, Francfort, 1987.

⁵ BVerfGE 5, 85, 17 août 1956, *KPD-Verbot* ; BVerfGE, 39, 334, 22 mai 1975, *Extremistenbeschluss*.

⁶ H. MEIER, *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 340 ; J. GERLACH, *Die Vereinsverbotspraxis der streitbaren Demokratie*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 35 ; M. THIEL, « Comparative Aspects », in M. Thiel (dir.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 379-424, p. 383.

⁷ J. CHAPOUTOT, *Le meurtre de Weimar*, PUF, Paris, 2010, p. 53.

La question de la défense de la démocratie libérale est en réalité posée très tôt en Italie et parallèlement aux écrits de Karl Loewenstein⁸. Dès 1936, Guido Calogero élabore ses premières réflexions sur l'idée d'un « “*État fondé sur des garanties juridiques*” en vue de défendre le principe libéral »⁹. De même, le juriste et historien Mario Delle Piane, qui gravitait autour du même cercle politique que Calogero, publia un article en 1940 dans lequel il proposa d'adopter une nouvelle forme de libéralisme, à savoir un libéralisme armé (*liberalismo armato*) qui serait capable de se défendre contre les mouvements politiques totalitaires¹⁰. Les écrits de Calogero et de Delle Piane vont directement influencer le programme du mouvement socialiste-libéral dont les deux faisaient partie, qui mentionna expressément dans son manifeste de 1941 sa volonté d'établir après le fascisme un *liberalismo armato*¹¹. Dans son manifeste de 1940, le mouvement renvoyait déjà implicitement à la notion en affirmant sa volonté d'institutionnaliser une Cour constitutionnelle qui serait chargée, en plus du contrôle de constitutionnalité des lois, d'un contrôle de la propagande politique des partis¹². L'idée fondamentale du programme était de « garantir la liberté à tous, sauf à ceux qui sont contre cette liberté »¹³. Après la chute de Mussolini, le débat commença réellement. Les libéraux-socialistes maintinrent leur ligne en publiant dans divers quotidiens la nécessité d'établir un *liberalismo armato* ou *protetto* (protégé), les deux concepts étant reconnus comme identiques¹⁴.

Toutefois, l'idée du *liberalismo armato* fit assez vite l'objet de critiques. D'un côté les libéraux classiques, à l'instar du futur membre de l'Assemblée constituante et futur premier Président de la République italienne, Luigi Einaudi (1874-1961), soulignèrent l'inutilité et le danger du concept¹⁵. D'un autre, les communistes, dont le constitutionnaliste Vezio Crisafulli (1910-1986), pointèrent la tendance antilibérale du *liberalismo armato*, lequel devait moins se comprendre comme un « *nuovo liberalismo* » que comme un « *nuovo conservatismo* »¹⁶. Sur ces bases, en mars 1945, la revue *Città Libera* proposa de poursuivre le débat en publiant « *les différentes solutions proposées par quelques universitaires, en accord avec les grands courants politiques du moment* » à la problématique qu'elle formula en ces termes : « *des lois restrictives peuvent-elles être adoptées à l'encontre des groupes et partis politiques qui proposent de détruire l'État libéral ?* »¹⁷. Les trois tendances initiales y furent représentées. Les libéraux-socialistes défendirent de nouveau leur point de vue notamment par l'intermédiaire de Guido Calogero¹⁸. Certains démocrates-chrétiens rejoignirent l'idée d'un libéralisme armé, à l'instar de Mario Scelba (1901-1991), futur ministre de l'Intérieur

⁸ Sur ce point, voir l'excellent travail de présentation et de compilation de l'historien Federico Mazzei, (F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”, Un dibattito alle origini dell'Italia repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011)

⁹ F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ Il écrit notamment qu'« *il est donc nécessaire d'empêcher l'affirmation de mouvements qui n'acceptent pas les principes [... de l'État libéral] et pour lesquels la liberté qui leur est accordée se traduirait par la possibilité de détruire la liberté de tous les autres, c'est-à-dire simplement la liberté* » (M. DELLE PIANE, « Il “Consiglio Privato della Corona” nel pensiero del Bonghi e di altri scrittori liberali del secolo scorso » [1940], in M. DELLE PIANE, *Liberalismo e parlamentarismo. Saggi storici*, Macri, Città di Castello-Bari, 1946, p. 85-102, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 51-63, p. 56).

¹¹ F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 16.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ G. CALOGERO, « La difesa della democrazia », *Corriere di Roma*, 23 novembre 1944, republié in F. Mazzei, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 72-74, p. 73.

¹⁵ L. EINAUDI, « “Major et sanior pars”, ossia della tolleranza e dell'adesione politica », *Idea*, a. I, n. 1, Gennaio 1945, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 74-91, p. 85-86.

¹⁶ V. CRISAFULLI, « Un nuovo liberalismo ? », *Il Popolo di Roma*, 23 août 1943, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 68-70.

¹⁷ « La libertà e le regole del gioco. Motivi di un'inchiesta », *La Città Libera*, a. I, n. 7, 29 marzo 1945, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 121-122, p. 122.

¹⁸ M. CALOGERO, « Il diritto di disciplina nella libertà democratica deve essere inserito democraticamente in una costituzione », in *La Città Libera*, I, n. 8, 5 aprile 1945, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”...*, *op. cit.*, p. 122-129.

des gouvernements de De Gasperi¹⁹. Du côté des libéraux classiques, Leone Cattani (1906-1980), membre du parti libéral, reprit l'essentiel des arguments déjà avancés par Luigi Einaudi. Enfin, le Secrétaire général du Parti communiste italien, Palmiro Togliatti (1893-1964), prit la plume pour dénoncer également le danger d'un tel concept, tout en soulignant que la seule interdiction politique qui devait être établie était celle du fascisme vaincu²⁰.

Ce débat a en réalité continué jusqu'au sein de l'Assemblée constituante lorsque plusieurs députés proposèrent, par deux fois, que la future constitution italienne autorise un contrôle idéologique des partis politiques en vue de protéger la démocratie libérale²¹. C'est Palmiro Togliatti qui s'opposa de nouveau à cette orientation militante du futur ordre constitutionnel italien²². Toutefois, comme dans son article à la *Città Libera*, il insista sur le fait que le seul parti politique qui avait réellement montré son caractère antidémocratique était le Parti national fasciste et qu'il convenait donc d'interdire sa réorganisation. Soutenue par une majorité de députés, cette idée fut dès lors traduite dans le droit constitutionnel italien de la manière suivante. L'article 49 garantit un pluralisme idéologique absolu des partis politiques. Suivant les écrits de Luigi Einaudi selon qui il convenait de distinguer les idées des méthodes antidémocratiques, cette disposition laisse libre les idéologies des partis, mais leur impose de respecter les voies démocratiques pour obtenir le pouvoir : « *tous les citoyens ont le droit de former librement des partis pour concourir, selon la méthode démocratique, à la détermination de la politique nationale* ». Par ailleurs, la disposition XII finale et transitoire vient poser une exception à cette garantie du pluralisme idéologique en interdisant la réorganisation du parti fasciste en ces termes : « *la réorganisation, sous quelque forme que ce soit, du parti fasciste dissous est interdite* ». Face à l'évidence de qui étaient les fascistes en 1947, le constituant ne ressentit pas le besoin de donner une définition de ce qu'il convenait d'entendre par réorganisation du parti fasciste. De même, il ne chargea aucune autorité de contrôler du respect de cette disposition. C'est donc le législateur qui précisa cet article au travers de la loi Scelba, du nom du ministre de l'Intérieur, adoptée le 20 juin 1952, et sur laquelle il conviendra de revenir. Plus tard, au détour d'un *obiter dictum*, la Cour constitutionnelle spécifia que la disposition XII finale et transitoire disposait toujours d'une valeur juridique et qu'elle devait se comprendre comme « *“finale” et non [comme] transitoire* »²³.

Face à cette spécificité de la démocratie italienne qui ne se défend finalement que contre l'ancien mouvement totalitaire qui a été au pouvoir, une large part de la doctrine italienne considère que l'Italie n'est pas une démocratie militante²⁴. En réalité, il est possible de concevoir que cet antifascisme constitutionnel constitue un type, une sous-catégorie, de démocratie militante, dont la protection serait orientée seulement contre une idéologie particulière et non contre l'ensemble des

¹⁹ M. SCELBA, « Lo Stato potrà impedire l'uso di mezzi liberticidi, nelle lotte politiche, solo in nome di una concezione etica più elevata », *La Città Libera*, a. I, n. 11, 26 aprile 1945, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”*..., *op. cit.*, p. 135-137.

²⁰ P. TOGLIATTI, « La condizione concreta di una vera democrazia è oggi nella completa distruzione dei residui del fascismo », *La Città Libera*, a. I, n. 14, 17 maggio 1945, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e “democrazia protetta”*..., *op. cit.*, p. 144-145.

²¹ G. E. VIGEVANI, « Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia », *Rivista di diritto dei media*, n° 1, 2019, p. 1-17, p. 6-10. Ces propositions venaient à la fois du centre-gauche (Pietro Mancini), du centre libéral (Girolamo Bellavista), et du centre-droit démocrate-chrétien (Umberto Merlin). Pour un exposé détaillé de ce débat constituant, nous renvoyons à notre thèse en cours de rédaction sur la démocratie militante.

²² *Idem*, p. 8 et s. Voir aussi M. GREGORIO, « Disciplinare il partito : culture costituzionali a confronto », *RTDP*, n°1, 2018, p. 203-235, p. 223.

²³ Corte cost., ord. n. 323, 10-17 mars 1988.

²⁴ Voir par exemple S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario Breve alla Costituzione*, 2^e éd., CEDAM, Milan, 2008, p. 499 ; F. BLANDO, « Movimenti neofascisti e difesa della democrazia », *Costituzionalismo.it*, n° 1, 2014, p. 1-45 ; S. CECCANTI, F. CLEMENTI, « Militant Democracy in Italy. A Path between Rules and Politics », in M. Thiel (dir.), *The “Militant Democracy” Principle in Modern Democracies*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 209-218, p. 209 ; F. FERRONI, S. CECCANTI, « Democrazia protetta », in R. Sacco (dir.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET Giuridica, Assago, 2015, p. 55-72, p. 66.

idéologies antidémocratiques²⁵. Toutefois, l'objet premier de cette contribution consiste moins à réfléchir sur les différentes variantes de démocratie militante que de présenter l'antifascisme constitutionnel italien. C'est qu'en effet, celui-ci n'a fait l'objet d'aucune étude en France.

De prime abord, l'antifascisme constitutionnel italien semble relever du trompe-l'œil. Si l'on regarde la vie politique transalpine depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, on peut en effet observer que des organisations néofascistes ont toujours été tolérées. L'exemple le plus topique de l'ineffectivité de cet aspect du droit constitutionnel italien est illustré par la longue existence du parti *Movimento Sociale Italiano* (MSI) dont une partie des dirigeants étaient d'anciens proches du *Duce*. De sa formation en 1947 à son éclatement en 1995, le MSI a été toléré par la nouvelle République italienne²⁶. Le mouvement a même fait partie d'une coalition soutenant le gouvernement Tambroni de mars à juillet 1960. Actif jusqu'au début des années 1990, il a donc formé des hommes et des femmes politiques toujours en activité, dont la plus connue est l'actuelle Présidente du Conseil des ministres. Giorgia Meloni, qui expliquait quand elle était encore adhérente de ce parti que Mussolini avait été « *un bon politicien* »²⁷, affirme encore aujourd'hui, non sans ambiguïté, que le « *MSI a eu un rôle important dans l'histoire italienne* »²⁸. La question qui peut dès lors se poser est donc de savoir pourquoi il a existé une si grande différence entre les règles constitutionnelles et la réalité de la vie politique. Mais parallèlement à ce premier constat de l'inefficacité originelle de l'antifascisme constitutionnel, il convient d'observer que, depuis une dizaine d'années, une remobilisation progressive de la disposition XII finale et transitoire de la Constitution italienne est à l'œuvre par certaines administrations contre divers groupements néofascistes contemporains. En réalité, il est possible de penser que c'est en raison de l'inefficacité originelle de l'antifascisme constitutionnel (§I) que l'on assiste aujourd'hui à sa réactivation par des voies différentes (§II).

§I. L'inefficacité originelle de l'antifascisme constitutionnel italien

La tolérance continue de la République italienne à l'égard du MSI de 1947 à 1995, ainsi que l'existence de mouvements contemporains ne dissimulant pas leurs inspirations fascistes, à l'instar de *Casapound* et de *Forza Nuovo*, a pu faire dire à la doctrine qu'il y avait eu en Italie une « *réhabilitation de fait des néofascistes* »²⁹. Il est vrai que le nombre d'organisations néofascistes dissoutes sur le fondement de la loi Scelba se compte sur les doigts de la main. Seuls *Ordine Nuovo*, à la suite d'un jugement du Tribunal de Rome du 23 novembre 1973³⁰, et *Avanguardia Nazionale*, suite à un jugement de la même juridiction en date du 5 juin 1976³¹, ont fait l'objet d'une dissolution sur le fondement de la loi Scelba³². Si cette situation est avant tout la conséquence d'une tolérance

²⁵ En ce sens, voir aussi le récent ouvrage d'Andrea GATTI, *La democrazia che si difende. Studio comparato su una pratica costituzionale*, Milan, Wolters Kluwer, 2023, p. 12.

²⁶ Sur le Movimento Sociale Italiano, voir la notice « Movimento Sociale Italiano (MSI) », in S. Berstein, P. Milza, *Dictionnaire des fascismes et du nazisme*, Tome 1, Perrin, Paris, 2014, p. 554-557.

²⁷ C. BEYER, « Giorgia Meloni en 1996 : « Je crois que Mussolini était un bon politicien » », *Archives de l'INA*, 1^{er} septembre 2022, [en ligne : <https://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/giorgia-meloni-alliance-nationale-freres-d-italie-reference-mussolini>].

²⁸ *La Repubblica*, 29 décembre 2022, « Msi, Meloni : “Perché oggi impresentabile? Ha avuto ruolo importante nella storia dell'Italia repubblicana” ».

²⁹ F. BLANDO, « Movimenti neofascisti e difesa della democrazia », *op. cit.*, p. 16.

³⁰ Tribunal de Rome, Sent. 5863/73, 21 novembre 1973, *Giur. cost.*, 1974, p. 472-521 ; Décret du 23 novembre 1973, *G.U. Serie Generale* n. 302, p. 7716 ; Consiglio di Stato, Sect. IV., sent. n° 452, 21 juin 1974, *Il Foro Italiano*, Vol. 98, n° 4, avril 1975, p. 101-106 ; Cour d'appel de Rome, Sent. n. 2088, 17 mai 1978 ; Corte di cass. pen., Sect. II., 30 juillet 1982, sent. n. 7560, in *Riv. pen.*, 1983, p. 425.

³¹ Décret du 8 juin 1976, *G.U. Serie Generale* n. 150, p. 4500. Selon les termes du décret, la dissolution fait suite à un jugement du Tribunal de Rome en date du 5 juin 1976. Le jugement demeure introuvable.

³² Pour cette étude sur l'antifascisme constitutionnel, nous laissons de côté l'exposé et l'application de la loi Mancino permettant la dissolution des organisations racistes. Cette loi a été adoptée le 25 juin 1993 en vue de permettre la dissolution des organisations fascistes, indépendamment de leur caractère fasciste, (Décret-loi du 26 avril 1993, n. 122, ratifié et modifié par la loi du 25 juin 1993, n. 205, art. 1, al. 3). Cette loi constitue davantage une mise en œuvre de la

de la part des autres forces politiques italiennes qui ont contribué à ne pas diffuser un rejet du néofascisme³³, elle tient aussi beaucoup à des raisons juridiques. D'une part, la loi Scelba a établi une définition confuse, et donc problématique de l'organisation fasciste (A). D'autre part, ce texte législatif a mis en place une procédure de dissolution de cette dernière particulièrement impraticable, contribuant ainsi à rendre difficile la mise en œuvre de l'antifascisme constitutionnel (B).

A. Une définition problématique de l'organisation fasciste

D'un point de vue juridique, la première raison qui a participé à rendre l'antifascisme constitutionnel inefficace est la difficulté à définir ce que recouvre « *une réorganisation du parti national fasciste dissous sous quelque forme que ce soit* ». L'article 1^{er} de la loi Scelba est venu partiellement pallier cette difficulté en proposant la définition suivante :

aux fins de la disposition XII transitoire et finale (premier alinéa) de la Constitution, il y a réorganisation du parti fasciste dissous quand une association, un mouvement ou un groupe d'au moins cinq personnes poursuit des objectifs antidémocratiques propres au parti fasciste, exaltant, menaçant ou utilisant la violence comme méthode de lutte politique, ou prônant la suppression des libertés garanties dans la Constitution ou dénigrant la démocratie ses institutions et les valeurs de la Résistance, ou en faisant de la propagande raciste, ou [ovvero] oriente son activité vers l'exaltation des représentants, des principes, actions et des méthodes propres au parti susmentionné ou réalise des manifestations extérieures de caractère fasciste³⁴.

En réalité, par cette définition complexe et cette rédaction maladroite, le législateur italien a ouvert la voie à des divergences de jurisprudence importantes sur ce que devait être une organisation fasciste au sens de cette loi. En effet, si les juges ont tous rejeté consensuellement une définition extensive du fascisme (1), il existe toujours une divergence d'interprétation sur ce que constitue strictement une organisation fasciste, au sens de l'article 1^{er} de la loi Scelba (2).

1. Le rejet consensuel d'une définition extensive du fascisme

Dans la première décision relative à la reconnaissance d'une réorganisation du parti fasciste, rendue le 21 novembre 1973 à l'égard d'*Ordine Nuovo*, le Tribunal de Rome débuta son analyse au fond par un commentaire un commentaire de la loi Scelba au regard de la disposition XII transitoire et finale. Il affirma expressément que cet ensemble de dispositions ne saurait être invocable à l'encontre d'organisations politiques ayant « *d'autre origine ou idéologie* » que le parti fasciste. Il renforça son interprétation en soulignant que ces normes ne sauraient viser d'autres mouvements politiques, quand bien même, « *par exemple, ils ont exalté la violence comme méthode de lutte politique* »³⁵. Le Tribunal de Rome estima qu'une telle compréhension de ces dispositions ressortait

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qu'une application de l'antifascisme constitutionnel. En tout état de cause, très peu d'organisations ont été dissoutes sur ce second fondement puisque seul le *Fronte Nazionale* a été dissout en 2000, (Corte di cass. pen., Sez. I, 7 mai 1999, n. 7812 ; Décret du 9 novembre 2000, G.U. *Serie Generale* n. 271, p. 8).

³³ F. BLANDO, « Movimenti neofascisti e difesa della democrazia », *op. cit.*, p. 15.

³⁴ « *Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista* ».

³⁵ Tribunal de Rome, Sent. 5863/73, 21 novembre 1973, *Giur. cost.*, 1974, p. 472-521, p. 477 : « *E ciò rende vana la obiezione, più volte avanzata dalla difesa degli imputati di una ambivalenza della legge che potrebbe, cioè, essere applicata anche a movimenti di altra origine ed ideologia dando vita così a confusione ed incertezza nella*

très clairement des débats parlementaires, particulièrement ceux de l'Assemblée constituante sur la disposition XII. Considérant que l'origine de cette dernière est fondamentale pour comprendre le sens de la loi du 20 juin 1952³⁶, il cita certains passages des discussions qui ont eu lieu à cet égard lors de l'élaboration de la Constitution. Il mentionna particulièrement l'auteur de la disposition XII, Palmiro Togliatti. Lors de la Constituante, le Secrétaire général du Parti communiste italien avait en effet été sollicité par ses collègues pour préciser l'équivocité de l'expression « *parti fasciste* ». Le juge romain cita sa réponse : « *Est fasciste ce mouvement politique qui a pris forme en Italie de 1919 au 25 juillet 1943, et qui s'appelait fascisme* »³⁷.

Cette lecture de la disposition XII et de la loi Scelba a par la suite été confirmée par d'autres juridictions. La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 mai 1978 concernant *Ordine Nuovo* mais relatif à une autre procédure qui avait débuté devant le Tribunal de Catania, suivit l'interprétation du Tribunal de Rome. Elle affirma, en effet, que l'article 1^{er} de la loi Scelba ne pouvait être invoqué contre tout mouvement ayant des objectifs antidémocratiques ou exaltant la violence comme moyen de lutte politique. Le juge suprême écrit qu'au contraire, « *pour que les comportements prévus par la loi de 1952 puissent caractériser une association ou un mouvement comme fasciste, il est nécessaire d'y trouver les signes indubitables de la continuation historique, politique ou idéologique du fascisme* »³⁸.

Cette interprétation de la loi Scelba a plus récemment été suivie par le Tribunal de Castrovillari dans un jugement de 2005 par lequel il a refusé de considérer que le parti *Forza Nuova* constituait une réorganisation du parti fasciste³⁹. Le juge calabrais a insisté sur le caractère historique des signes distinctifs du parti fasciste pour établir l'identification d'une réorganisation dudit parti.

Cette interprétation stricte de la disposition XII et de sa mise en œuvre par la loi Scelba constitue la position largement dominante au sein de la doctrine italienne⁴⁰. Ainsi, dès 1967, Sergio Vinciguerra écrivait que la loi Scelba n'avait pas un caractère « *polyvalent* » au sens où elle affecterait « *des activités qui, bien que se manifestant sous les formes qu'elle indique, ne sont pas imputables à la matrice idéologique du fascisme, comme dans le cas d'une association qui, inspirée par les principes du léninisme, exalte la violence comme instrument de conquête du pouvoir et mène une violente campagne de dénigrement contre la démocratie parlementaire* »⁴¹. Seul Carlo Esposito a pu déduire de la disposition XII une « *interdiction implicite de l'existence de tout parti qui, comme celui-ci [le parti fasciste], poursuit l'instauration de dictatures ou l'abandon des principes démocratiques en vigueur* »⁴². Mais cette interprétation est restée marginale dans la doctrine et n'a jamais été reprise dans la jurisprudence, laquelle s'est tenue à une interprétation stricte du fascisme.

interpretazione. Viceversa come si è detto e come chiaramente si evince dall'iter storico dalla norma, essa ha per unico scopo quello di vietare la riorganizzazione del disciolto partito fascista, né può tale divieto, penalmente sanzionato, essere esteso analogicamente ad altri movimenti anche se, per ipotesi, anche essi, ad esempio, esaltassero la violenza quale metodo di lotta politica ».

³⁶ Tribunal de Rome, Sent. 5863/73, 21 novembre 1973, *Giur. cost.*, 1974, p. 472-521, p. 475.

³⁷ Tribunal de Rome, Sent. 5863/73, 21 novembre 1973, *Giur. cost.*, 1974, p. 472-521, p. 476 : « *È fascista quel movimento politico che prese corpo in Italia dal 1919 fino al 25 luglio 1943, e che si chiamò fascismo* ».

³⁸ Corte di cass. pen., Sez. II, 9 mai 1978, sent. n. 1037, in *Cass. pen.*, 1979, p. 964-968, p. 968 : « *Va, inoltre, notato che, se le finalità antidemocratiche sono insite in una formazione politica che esalta la violenza e denigra la democrazia, questi comportamenti e queste finalità non sono però di per sé sufficienti a caratterizzare come fascista la formazione. Invero, perché i comportamenti previsti dalla legge del 1952 possano caratterizzare come fascista un'associazione o un movimento occorre che in essi si riscontrino i segni inconfondibili della continuazione storica, politica o ideologica del fascismo* ».

³⁹ Tribunal de Castrovillari, sent., 6 avril 2005, *Giur. merito*, n° 11, 2006, p. 2474-2483, p. 2477.

⁴⁰ G. BIONDI, « *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto Partito fascista? Nota a Tribunale Castrovillari, 6 aprile 2005* », *Giur. merito*, n° 11, 2006, p. 2483-2491, p. 2484.

⁴¹ S. VINCIGUERRA, « *Fascismo (sanzioni contro il)* », *Enciclopedia del Diritto*, XVI, 1967.

⁴² C. ESPOSITO, *La costituzione italiana*, CEDAM, Padoue, 1954, p. 238. Il écrit également que « *la disposition interdisant la reconstitution du Parti national fasciste est une application spécifique d'un principe qui ne concerne pas le parti fasciste, mais tout parti qui tend vers ou avoue être totalitaire* » (*Idem*, p. 8).

Si les juges se sont globalement tous accordés pour ne pas étendre la notion de fascisme à des courants politiques autres que le *fascismo italiano*, ils proposent une interprétation divergente de la définition du fascisme posée par la loi Scelba.

2. L'interprétation dissensuelle d'une définition restrictive du fascisme

En raison de sa rédaction maladroite⁴³, la définition de l'organisation fasciste posée par l'article 1^{er} de la loi Scelba a fait l'objet d'interprétations divergentes par les différents juges pénaux italiens. Somme toute, l'article a été interprété de deux façons principales⁴⁴.

La première consiste en une lecture alternative des éléments constitutifs de la réorganisation du parti fasciste, au sens de l'article 1^{er} de la loi Scelba. Ces éléments seraient au nombre de trois : la poursuite des buts antidémocratiques typiques du parti fasciste, l'orientation de l'activité vers l'exaltation des représentants, des principes, actions et méthodes propres au parti fasciste, et la réalisation de manifestations extérieures à caractère fasciste. Cette interprétation a été donnée pour la première fois par le Tribunal de Rome dans son jugement de 1973 sur *Ordine Nuovo*. Dans cette décision, le juge estime que l'article 1^{er} de la loi de 1952 a établi des conditions « *absolument alternatives* » puisqu'elles sont séparées par la conjonction de coordination « *ou* »⁴⁵. En d'autres termes, la réalisation d'une des trois conditions serait à elle seule suffisante pour emporter la constatation d'une réorganisation du parti fasciste dissous. Par ailleurs, la liste des actions mentionnées par des participes présents (« *exaltant, menaçant ou utilisant la violence comme méthode de lutte politique, ou prônant la suppression des libertés garanties dans la Constitution ou dénigrant la démocratie ses institutions et les valeurs de la Résistance, ou en faisant de la propagande raciste* ») serait simplement des manifestations possibles et alternatives constituant l'élément relatif à la poursuite de buts antidémocratiques propres au parti fasciste⁴⁶.

À l'inverse, en 1976, le Tribunal de Padoue a considéré que la poursuite des objectifs antidémocratiques propres au parti fasciste constituait la condition principale de la réorganisation du parti, et que, partant, la suite de l'article énonçait uniquement des modalités de manifestations de cette condition primordiale⁴⁷. Plus récemment, c'est le Tribunal de Castrovillari qui a opté pour cette lecture de la loi Scelba. Alors même qu'il observe que certains membres du parti en cause avaient bien effectué des manifestations extérieures à caractère fasciste comme le salut romain ou l'hommage aux « *camarades de Salò* », le juge calabrais estima que *Forza Nuova*, ne constituait pas pour autant une réorganisation du parti fasciste parce que l'on ne pouvait pas constater la poursuite d'objectifs antidémocratiques propres à l'organisation mussolinienne interdite⁴⁸. Aussi, suivant cette seconde lecture de la loi Scelba, pour qu'un mouvement politique puisse être reconnu comme une réorganisation du PNF, il faut qu'il manifeste avant tout la poursuite d'objectifs antidémocratiques.

La source de cette divergence réside dans la formulation de l'article 1^{er} de la loi du 20 juin 1952. Cette norme désigne trois actions principales pour décrire les hypothèses dans lesquelles l'on peut reconnaître une tentative de réorganisation du parti fasciste, en utilisant trois verbes conjugués : « *poursuit des objectifs antidémocratiques propres au parti fasciste* », « *oriente son activité vers l'exaltation des représentants, des principes, actions et des méthodes propres au parti susmentionné* », et « *réalise des manifestations extérieures de caractère fasciste* ». Les autres verbes sont au participe présent et renvoient donc à des modalités précisant la première hypothèse de poursuite de buts antidémocratiques. Si cela ne pose pas trop de problèmes d'interprétation, c'est

⁴³ P. PETTA, « Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano », *Giur. Cost.*, 1973, p. 667-750, p. 722.

⁴⁴ G. BIONDI, « È ancora attuale la norma che punisce le associazioni... », *op. cit.*, p. 2487.

⁴⁵ Tribunal de Rome, 21 novembre 1973, sent. 5863/73, *Giur. cost.*, 1974, p. 472-521, p. 482. Cette interprétation a également été suivie par le Tribunal de Bari considérant qu'il s'agit de « *trois types de comportements suffisants, également séparément [...]* », (Tribunal de Bari, 1^{er} février 1978, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 317-333, p. 329).

⁴⁶ Tribunal de Rome, sent. 5863/73, 21 novembre 1973, *Giur. cost.*, 1974, p. 472-521, p. 483-485.

⁴⁷ Tribunal de Padoue, 16 juillet 1976, *Giur. pen.*, II, col. 35-48, col. 43.

⁴⁸ Tribunal de Castrovillari, sent., 6 avril 2005, *Giur. merito*, n° 11, 2006, p. 2474-2483, p. 2477 et 2480. Pour une critique du jugement, voir G. BIONDI, « È ancora attuale la norma che punisce le associazioni... », *op. cit.*

l'équivocité de la conjonction « *ovvero* » séparant la première de la deuxième hypothèse qui entraîne quelques difficultés. En effet, ce terme possède deux significations : « *ou* » et « *c'est-à-dire, à savoir* ». Il est bien évident que si l'on comprend qu'il s'agit d'un « *ou* », au sens de l'autre terme italien « *o* » pour dire « *ou* », l'on considérera, à l'instar du Tribunal de Rome, que l'article 1^{er} énonce trois hypothèses distinctes et alternatives. À l'inverse, en comprenant « *ovvero* » comme introduisant une précision de ce qui vient d'être dit, il sera possible de considérer, avec les Tribunaux de Padoue et de Castrovillari, que la poursuite de buts antidémocratiques propres au parti fasciste constitue l'élément principal qu'il convient de démontrer pour juger qu'il existe bien une réorganisation du PNF dissous. Les deux autres éléments placés après « *ovvero* » ne constitueraient alors que des critères subsidiaires pour aider à l'identification du premier élément.

D'aucuns ont pu considérer que pour être conforme à la disposition XII qui interdit simplement la réorganisation du parti fasciste et non l'idéologie fasciste en elle-même, il valait mieux interpréter l'article 1^{er} de la loi Scelba suivant la lecture des tribunaux de Padoue et de Castrovillari⁴⁹. Mais rien n'est moins sûr. La Cour constitutionnelle a, au contraire, affirmé en 1958 que la disposition XII finale ne visait pas uniquement « *les actes finaux et conclusifs de la réorganisation* », mais qu'elle renvoyait également « *à tout comportement qui, bien que ne présentant pas les caractéristiques d'un véritable acte de réorganisation, était cependant de nature à contenir en soi une aptitude suffisante à produire les actes eux-mêmes* »⁵⁰. En tout état de cause, ce débat sur l'interprétation de l'article 1^{er} de la loi Scelba est quelque peu artificiel puisque du point de vue de la réalité politique⁵¹, une organisation dont les membres effectuent des saluts romains et glorifient le fascisme et ses représentants, ne saurait logiquement poursuivre en même temps des buts démocratiques. De ce point de vue, l'argumentation des juges de Padoue et Castrovillari semble difficile à défendre.

Cette difficulté de désigner ce que constitue une réorganisation du parti national fasciste a largement contribué à rendre l'antifascisme constitutionnel italien inefficace. Cette difficulté matérielle a été couplée à des problématiques formelles. Indépendamment des motifs de dissolution de l'organisation néofasciste, c'est la procédure même de dissolution qui a contribué à l'ineffectivité de la disposition XII finale et transitoire de la Constitution.

B. Une dissolution impraticable de l'organisation fasciste

La seconde raison juridique qui a rendu inefficace l'antifascisme constitutionnel italien pendant de nombreuses années est que la procédure de dissolution de l'organisation néofasciste est très dure à mettre en œuvre. À la différence de la dissolution administrative française qui permet au Président de dissoudre une organisation subversive par un décret en Conseil des ministres⁵², le gouvernement italien n'est pas libre de décider de façon autonome quel mouvement constitue une réorganisation du parti fasciste. Aux termes de l'article 3 de la loi Scelba, le ministre de l'Intérieur doit, après avoir consulté le Conseil des ministres, ordonner la dissolution uniquement « *si la réorganisation du parti fasciste dissous [a été] constatée par un jugement [pénal]* ». En ce sens, en période normale, la dissolution est conditionnée à l'existence d'un jugement pénal préalable ayant reconnu le caractère fasciste de l'organisation (1). La seconde phrase de la même disposition prévoit en outre que la dissolution d'une organisation néofasciste peut être décidée par le gouvernement « *dans les cas*

⁴⁹ P. PETTA, « Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano », *op. cit.*, p. 725-726.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 74, 25 novembre 1958 : « *Riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale; ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi* ».

⁵¹ Paolo Petta finit par concéder, lui aussi, le caractère artificiel de la discussion : P. PETTA, « Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano », *op. cit.*, p. 726.

⁵² Sur le modèle français, voir not. R. RAMBAUD, « La loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées (article L. 212-1 de la sécurité intérieure) : l'arme de dissolution massive », *RDLF*, 2015, chron. 20, [en ligne].

extraordinaires de nécessité et d'urgence et si l'une des hypothèses prévues par l'article 1^{er} s'applique ». Dans ce cas, la mesure de dissolution doit être adoptée par un décret-loi suivant la procédure de l'article 77, al. 2 de la Constitution, qui implique que les mesures soient validées par le Parlement pour éviter de devenir caduques au bout de soixante jours. Dans cette seconde hypothèse, le gouvernement est donc tenu à la fois par des conditions de circonstances exceptionnelles et d'urgence, mais aussi et surtout par l'existence d'une majorité politique le soutenant (2).

1. Une dissolution normale conditionnée *a priori* par l'existence d'un jugement pénal

En période normale, comme en cas d'urgence, il est difficile pour le gouvernement de procéder à la dissolution d'une organisation néofasciste. Dans la première hypothèse, la dissolution ne peut en réalité intervenir que s'il existe un jugement pénal préalable ayant reconnu le caractère fasciste du mouvement en cause. On comprend dès lors que la pratique de la dissolution n'est pas évidente en raison de la lourdeur inhérente à la procédure pénale.

À cette lourdeur, s'ajoutent deux incertitudes liées à la mauvaise rédaction de la loi, ne facilitant pas sa praticabilité. La première incertitude réside dans le fait de savoir si le ministre est tenu ou non de dissoudre une organisation ayant été reconnue fasciste par le juge pénal. Dans sa décision relative au décret de dissolution d'*Ordine Nuovo*, le Conseil d'État a jugé que, même si la loi ne dispose pas expressément que le ministre « doit » dissoudre, il ressort de l'environnement normatif dans lequel s'inscrit cette disposition que le ministre est obligé de prononcer la dissolution. Le *Consiglio di Stato* rappelle ainsi, à juste titre, que l'interdiction de la réorganisation fasciste est prévue par une norme constitutionnelle, la disposition XII finale et transitoire⁵³. Par conséquent, considérer que le ministre de l'Intérieur n'est pas obligé de prononcer la dissolution du groupement reconnu comme fasciste, reviendrait à faire une interprétation inconstitutionnelle de l'article 3 de la loi. Un groupement reconnu juridiquement comme fasciste pourrait continuer d'exister, en violation flagrante de la disposition XII finale et transitoire de la Constitution. En même temps, dans la pratique, on constate qu'au moins quatre associations ont été reconnues comme étant de nature fasciste, mais n'ont pour autant jamais fait l'objet d'un décret de dissolution⁵⁴.

La seconde incertitude est relative au fait que l'article 3 de la loi Scelba ne précise pas si la décision pénale doit être définitive pour autoriser le ministre de l'Intérieur à procéder à la dissolution. La loi énonce en effet que le ministre de l'Intérieur intervient lorsque la réorganisation du parti fasciste est constatée par un jugement (*con sentenza*). Il n'est pas précisé que cette décision doit être définitive, ou même exécutoire. Or, s'agissant de la dissolution d'*Ordine Nuovo* en 1973, il est notable que le décret de dissolution était intervenu immédiatement après le jugement de première instance et alors même qu'un appel avait été interjeté contre la décision dont l'exécution avait été dès lors suspendue. Saisi de la légalité du décret, le Conseil d'État estima qu'il n'était pas nécessaire d'attendre que la décision soit devenue définitive pour prononcer la dissolution⁵⁵. Pour ce faire, il se fonda sur l'article 205 du code de procédure pénale de l'époque qui énonçait que l'appel avait un effet suspensif, sauf dans des cas particuliers. Le juge administratif considéra que l'hypothèse d'une dissolution administrative suite à la reconnaissance pénale du caractère fasciste d'une organisation était l'une de ces exceptions. Une telle décision n'est guère satisfaisante sur le plan des principes juridiques et a d'ailleurs été critiquée pour cette raison⁵⁶. *Primo*, elle fait fi du caractère temporaire et non exécutoire d'une décision judiciaire de première instance soumise à la possibilité d'un recours. En pratique la solution retenue par le Conseil d'État ne posa pas de problème, car la

⁵³ Consiglio di Stato, Sect. IV., sent. n° 452, 21 juin 1974, *Il Foro Italiano*, Vol. 98, n° 4, avril 1975, p. 101-106, p. 102.

⁵⁴ Il s'agit des organisations *Giovane Italia*, *Fronte universitario d'azione nazionale* et *Movimento Ugo Venturini*, reconnues fascistes par le juge pénal bolognais en 1975, (Tribunal de Bologne, 17 décembre 1975, *Critica penale*, XXXI, 1976, p. 73-92), et le groupement *A.P.15* reconnu comme étant fasciste par le Tribunal de Bari en 1978, (Tribunal de Bari, 1^{er} février 1978, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 317-333). En tout cas, nous n'avons retrouvé aucune trace de leur décret de dissolution, ni dans les journaux officiels, ni dans la doctrine italienne.

⁵⁵ Consiglio di Stato, Sect. IV., sent. n° 452, 21 juin 1974, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁶ R. RICCIOTTI, « Le sanzioni contro il neofascismo », *Critica penale*, XXX, 1975, p. 212-248, p. 247.

Cour d'appel confirma le jugement de première instance⁵⁷ et la Cour de cassation valida l'interprétation des juges du fond⁵⁸. Mais que se serait-il passé si l'une de ces cours supérieures avait finalement, ne serait-ce que pour des raisons formelles, contredit le juge de première instance ? *Secundo*, et plus fondamentalement, Romano Ricciotti a pu faire remarquer à juste titre que la reconnaissance judiciaire préalable du caractère fasciste constitue la garantie principale contre l'arbitraire du gouvernement⁵⁹. Cette solution procédurale a été clairement adoptée afin que cela soit le juge pénal et non le gouvernement qui décide de ce qui doit être juridiquement considéré comme une reconstitution du parti fasciste. Or la volonté du juge pénal ne peut être que la décision ayant force de chose jugée, tout autre décision n'est que temporaire et possiblement vouée à disparaître d'un point de vue juridique.

D'un point de vue pragmatique, et vu la lourdeur de la procédure de dissolution, on comprend toutefois que le Conseil d'État se soit laissé guidé par un principe d'efficacité. Adopter une solution inverse aurait rendu la procédure de dissolution encore plus impraticable en remettant aux calendes grecques la décision d'interdiction d'une organisation néofasciste notoire.

2. Une dissolution exceptionnelle conditionnée *a posteriori* par un soutien parlementaire

La deuxième phrase de l'article 3 de la loi Scelba autorise le gouvernement à procéder de lui-même à la dissolution d'un mouvement qui réorganiserait le parti fasciste dissous au sens de l'article 1^{er} de la loi, « *dans les cas extraordinaires de nécessité et d'urgence* », (*nei casi straordinari di necessità e di urgenza*). Dans cette hypothèse, le gouvernement n'est donc pas tenu d'agir suite à un jugement pénal préalable. Pour autant, il n'est pas tout à fait libre de dissoudre n'importe quelle organisation qu'il estime vouloir reformer le parti fasciste. D'une part, il ne peut agir par lui-même que dans des « *cas extraordinaires de nécessité et d'urgence* ». Si aucune définition n'a été donnée, il est possible de penser qu'une telle condition implique que l'organisation est sur le point de commettre des violences, ou sur le point d'arriver au pouvoir, y compris par la voie légale. D'autre part, le gouvernement n'est pas tout à fait autonome dans son appréciation de la nécessité, de l'urgence et du caractère néofasciste de l'organisation en cause parce que la dissolution ne doit pas être prononcée par un simple décret, mais par un décret-loi en suivant la procédure prévue à l'article 77, al. 2 de la Constitution. Cette disposition prévoit que lorsque le gouvernement adopte un décret-loi, le Gouvernement doit le présenter le jour même pour leur conversion en loi aux Chambres. L'alinéa 3 de l'article 77 prévoit en outre que si le décret-loi n'est pas converti dans les soixante jours suivant son adoption, celui-ci devient alors caduc.

Par conséquent, si le gouvernement s'émancipe du juge pénal, c'est pour mieux se trouver contrôlé par le Parlement. En ce sens, le gouvernement doit nécessairement prendre en compte la volonté de la majorité parlementaire. Cette seconde procédure de dissolution des organisations néofascistes n'est donc pas non plus purement administrative. Elle est conditionnée, non pas *a priori* par un jugement pénal, mais *a posteriori* par une majorité politique. Ce conditionnement politique tend également à rendre inefficace le dispositif de la loi Scelba, surtout dans le contexte du multipartisme et des gouvernements de coalition italiens. Les discussions récentes sur l'opportunité de dissoudre le parti *Forza Nuova* suite au saccage des locaux de la Confédération générale italienne du travail, le 9 octobre 2021 à Rome, perpétré par des militants du parti d'extrême-droite, ont montré toutes les limites de ce dispositif. Alors que le *Partito democratico* et le *Parti Liberi e Uguali* (centre-gauche), soutenus par le *Movimento 5 Stelle* (centre-populiste), ont initié une motion au Parlement pour encourager le Gouvernement à dissoudre *Forza Nuova*, les partis de droite comme *Forza Italia* et d'extrême droite tels que la *Lega* et *Fratelli d'Italia*, ont refusé de soutenir une dissolution de

⁵⁷ Cour d'appel de Rome, Sent. n. 2088, 17 mai 1978.

⁵⁸ Corte di cass. pen., Sect. II., 30 juillet 1982, sent. n. 7560, in *Riv. pen.*, 1983, p. 425.

⁵⁹ R. RICCIOTTI, « Le sanzioni contro il neofascismo », *op. cit.*, p. 247.

l'organisation violente⁶⁰. La discussion a été d'autant plus vive que ce dispositif exceptionnel établi par la seconde phrase de l'article 3 de la loi Scelba n'a jamais été utilisé⁶¹.

Face aux difficultés de procéder à la dissolution des organisations néofascistes, l'antifascisme constitutionnel tend, depuis une dizaine d'années, à être remobilisé plus ponctuellement dans des domaines différents que celui de la liberté d'association.

§II. La réactivation contemporaine de l'antifascisme constitutionnel italien

Face à l'ineffectivité de la procédure de dissolution établie par les articles 1 et 3 de la loi Scelba, il est possible de constater, depuis une dizaine d'années, une certaine réactivation de l'antifascisme dans d'autres secteurs de la vie politique italienne. L'invocation de la disposition XII finale et transitoire de la Constitution italienne a permis l'instauration d'un contrôle des candidatures en matière électorale (A) ainsi qu'en matière de liberté de réunion (B).

A. Une réactivation de l'antifascisme constitutionnel en matière électorale

Confrontées à la présentation de candidats et de listes ouvertement néofascistes, les commissions électorales ont progressivement mobilisé la disposition XII finale et transitoire de la Constitution pour opérer un contrôle constitutionnel des candidatures (1). Grâce à la jurisprudence du Conseil d'État, ce dispositif a en outre été perfectionné (2).

1. L'établissement progressif d'un contrôle des candidatures électorales

L'obligation pour les commissions électorales de contrôler le caractère fasciste éventuel des candidatures a été établie progressivement par le Conseil d'État italien⁶². C'est d'abord par le biais d'un avis en date du 23 février 1994 que le juge administratif a admis la nécessité pour les commissions électorales de faire respecter, dans leurs domaines de compétences, la disposition XII finale et transitoire de la Constitution⁶³. Les faits à l'origine de la procédure sont révélateurs de l'inefficacité du dispositif italien. Le parti *Movimento fascismo e libertà* avait effectivement fait l'objet de deux décisions de non-lieu de la part du juge d'instruction entre octobre 1991 et février 1992 et était ainsi en mesure de se présenter aux élections. À l'occasion des élections municipales (*amministrativa elettorale*), le bureau électoral de la Cour de cassation rejeta la candidature du parti en cause au motif que la dénomination « fascisme » et le symbole du parti – le faisceau – rentraient en contrariété avec la disposition constitutionnelle finale et transitoire XII. Alors que le rejet avait été suspendu par les juges du fond et le Conseil d'État lui-même, ce dernier fut saisi parallèlement par le gouvernement d'une demande d'avis sur ce problème. Il lui était demandé si une commission électorale pouvait légalement refuser l'inscription d'un parti à une élection présentant les caractères d'une réorganisation du parti fasciste dissous, alors même que le décret n° 361 du 30 mars 1957 relatif aux candidatures électorales ne prévoyait nullement ce motif d'exclusion. Le *Consiglio di Stato* alla globalement dans le même sens que la Commission électorale considérant que même si la liste des motifs de rejet des candidatures posée par le décret de 1957 était normalement exhaustive, il était impossible de ne pas tenir compte de la l'interdiction constitutionnelle de réorganisation du parti fasciste. Ainsi écrivit-il que

« outre les interdictions exprimées dans le texte de 1957, et sans préjudice au fait que la liste pertinente est en principe exhaustive, il est inconcevable qu'un groupement politique participe à la compétition électorale sous un insigne faisant explicitement référence au parti

⁶⁰ « Scioglimento Forza Nuova, no del centrodestra alla mozione Pd », *La Repubblica*, 11 octobre 2021.

⁶¹ « Sciogliere Forza Nuova, il parere del costituzionalista Azzariti: "Il governo può farlo, la legge è dalla sua parte" », *La Repubblica*, 11 octobre 2021.

⁶² G. DONATO, « Il valore precettivo della XII disposizione finale e l'estromissione delle liste neofasciste dalle competizioni elettorali », *Rivista AIC*, n° 3, 2019, p. 585-596.

⁶³ Consiglio di Stato, avis, 23 février 1994, *Movimento fascismo e libertà*.

fasciste irrévocablement interdit par la Constitution, règle d'autant plus grave et sévère qu'elle déroge exceptionnellement au principe suprême de la pluralité, de la liberté et de l'égalité des tendances politiques »⁶⁴.

En revanche, le juge administratif considéra que le symbole du faisceau, lequel était bien antérieur à son utilisation par le fascisme, pouvait être utilisé dans la propagande politique indépendamment du mot fascisme. Il reste que, sur le principe, le Conseil d'État ouvrait la voie à un contrôle décentralisé du caractère fasciste d'un parti politique par les commissions électorales.

D'abord reprise un temps par les juges du fond⁶⁵, cette position a été confirmée par le Conseil d'État en formation contentieuse par deux arrêts en date du 6 mars 2013. La liste électorale de Katia de Ritis dénommée « MFL », renvoyant implicitement à son parti *Movimento fascismo et libertà*, s'était vue refuser sa candidature par la commission électorale de Chieti pour les élections municipales de Montelapiano. Dans ses deux arrêts du 6 mars 2013⁶⁶, le *Consiglio di Stato* reprit sa position de 1994 en la reformulant. Constatant que la liberté d'adhérer à un parti politique consacré par l'article 49 de la constitution et que le droit d'être élu garanti par l'article 51 du même texte étaient limités par l'interdiction de réorganiser le parti fasciste dissous au sens de la disposition XII transitoire et finale, il affirma que « *ce précepte constitutionnel [precepto costituzionale], en établissant une impossibilité juridique absolue et inconditionnelle, empêche un mouvement politique formé et opérant en violation de cette interdiction de participer à la vie politique sous quelque forme que ce soit et d'en conditionner la dynamique libre et démocratique* »⁶⁷. Cette position a été réitérée deux mois plus tard dans un troisième arrêt relatif au même parti politique⁶⁸.

Le juge administratif italien a donc posé une obligation pour les commissions électorales de contrôler les candidatures qui leur sont soumises au regard de la disposition XII transitoire et finale. Il implique en outre pour les commissions d'opérer un véritable contrôle de fond du programme du parti et non simplement des symboles ou de la dénomination du parti.

2. Le perfectionnement du contrôle des candidatures électorales

Dans ses décisions de 2013, le Conseil d'État contrôla moins le fond du programme des organisations politiques se présentant aux élections que leur référence formelle au fascisme. Aussi était-il possible de se demander si les commissions électorales devaient effectuer un véritable contrôle idéologique du programme des candidats. Dans un arrêt du 29 mai 2018, les juges du *Palazzo Spada* confirmèrent leur jurisprudence de 2013, y compris sur le terrain idéologique et programmatique du parti⁶⁹. Dans cette affaire, le septième sous-comité électoral du district de Mantoue avait admis la candidature de Fiamma Negrini aux élections municipales pour la liste *Fasci Italiani del Lavoro*, qui obtint un poste de conseillère municipale grâce à ses 10% (334 suffrages). Saisi, le juge administratif de première instance avait annulé l'élection de la candidate et l'avait remplacée par celle du premier candidat non élu suivant le résultat du scrutin. Dans sa requête devant le Conseil d'État, Fiamma Negrini faisait valoir que le juge du fond n'avait pris en compte que l'apparence de sa liste indépendamment de son programme concret qui ne viserait nullement, selon la requérante, à la subversion de l'ordre démocratique et libéral italien et que le juge avait fi de son programme pour le développement territorial local. Il faut dire que les instructions du ministre de l'Intérieur à l'attention des commissions électorales pour les élections municipales de 2017 précisaient l'interdiction des « *signes contenant des expressions, des images*

⁶⁴ Consiglio di Stato, avis, 23 février 1994, *Movimento fascismo e libertà*.

⁶⁵ TAR Piemonte, sez. I, sent. n. 466/2010, 29 janvier 2010. Voir également TAR Lombardia, sez. IV, sent. n. 1974/2008, date inconnue, cité par G. DONATO, « Il valore precettivo della XII disposizione finale e l'estromissione delle liste neofasciste dalle competizioni elettorali », *Rivista AIC*, n° 3, 2019, p. 585-596, p. 586.

⁶⁶ Les deux arrêts sont identiques, mais les requérants à l'origine du pourvoi étaient distincts. Les requêtes n'ayant pas été jointes, le Conseil d'État rendit deux décisions.

⁶⁷ Consiglio di Stato, Sect. V, sent. n° 1354, 6 mars 2013 ; Consiglio di Stato, Sect. V, sent. n° 1355, 6 mars 2013.

⁶⁸ Consiglio di Stato, Sect. V, sent. n° 2573, 11 mai 2013.

⁶⁹ Consiglio di Stato, Sect. III, sent. n° 3208, 29 mai 2018. Pour commentaire de la décision, voir R. PUCA, « Elezioni: legittima l'esclusione di lista che si richiama al fascismo », *Altalex* [en ligne], 21 juin 2018.

ou des représentations se référant à des idéologies autoritaires (par exemple les mots “fascisme”, “nazisme”, “national-socialisme” et autres), interdits en tant que tels par la disposition transitoire et finale, alinéa 1^{er}, de la Constitution et par la loi n° 645 du 20 juin 1952 »⁷⁰.

Le Conseil d’État ne s’arrêta pas à la dénomination formelle de la liste. Après avoir rappelé sa jurisprudence de 2013, il entama un examen global de la position idéologique de la liste. Constatant la combinaison du mot « *Fasci* » dans sa dénomination, le symbole du faisceau dans son logo, et les références aux points centraux de l’idéologie du fascisme dans son programme, à l’instar de la « *démocratie corporative* » à mettre en œuvre afin d’appliquer « *le projet de Révolution Sociale et de réforme de l’État initié par le fascisme* », il confirma l’annulation de l’élection de Fiamma Negrini. Au soutien de cette solution, le juge insista en outre sur le simple fait de se revendiquer du fascisme impliquait déjà *de jure* une attitude antidémocratique. Ainsi écrit-il qu’« *il n’est pas non plus pertinent que le mouvement n’ait pas explicitement proposé la subversion de l’ordre démocratique, la suppression des libertés constitutionnelles, le recours à la violence comme méthode de lutte politique, le dénigrement des valeurs fondatrices de la Constitution et de la Résistance* » pour être inconditionnellement interdit de participer à la compétition électorale⁷¹. De même, il est juridiquement insignifiant, selon le juge administratif, que le mouvement ait par ailleurs un programme politique de développement local⁷². Sans que le Conseil d’État se soit prononcé sur le fond de l’affaire⁷³, cette position jurisprudentielle a été également appliquée au *Movimento Nazionale e Socialista dei Lavoratori* (NSAB – MLNS) qui a vu le rejet de ses candidatures à diverses élections municipales confirmé par la décision du Tribunal régional du Piémont en date du 22 mai 2018⁷⁴.

Cette réactivation de l’antifascisme constitutionnel permet donc aux commissions électorales d’opérer un contrôle du respect de la disposition XII finale et transitoire de la Constitution par les différents candidats aux élections. En outre, elle permet, le cas échéant, d’annuler l’élection de candidats néofascistes dont la candidature avait été jugée recevable. Cette remobilisation de l’antifascisme constitutionnel se confirme dans un autre domaine de la vie politique démocratique, celui de la liberté de réunion.

B. Une réactivation de l’antifascisme constitutionnel en matière de liberté de réunion

Face à l’ineffectivité de l’interdiction constitutionnelle de réorganiser le parti fasciste dissous, des municipalités ont institué un nouvel outil afin de limiter l’audience de mouvements ouvertement néofascistes. Les communes de Brescia et de Rivoli ont ainsi conditionné la concession d’espaces publics (*concessione di spazi ed aree pubbliche*) – notamment en vue de propagande politique – à une déclaration remplie et signée par le demandeur dans laquelle il doit expressément répudier le fascisme et le nazisme, et s’engager en outre en faveur des valeurs constitutionnelles. De telles conditions ont été validées par le juge administratif (1), alors même qu’il ne va pas sans poser de véritables problèmes constitutionnels (2).

⁷⁰ Ministero dell’interno, « Istruzioni per la presentazione e l’ammissione delle candidature », pubblicazione n. 5 [en ligne], p. 31.

⁷¹ Consiglio di Stato, Sect. III, sent. n° 3208, 29 mai 2018.

⁷² Si le Conseil d’État confirme donc l’annulation de l’élection particulière de Fiamma Negri pour la liste *Fasci Italiani del Lavoro*, il infirme le jugement de première instance en ce qu’il n’a pas annulé l’élection en général. Au lieu de reporter le nombre de voix sur le premier des non élus, le Conseil d’État explique que le vote des électeurs aurait pu être différent si la liste néofasciste n’avait pas été admise à participer à la compétition électorale. Aussi convenait-il pour le Consiglio di Stato de rejouer l’élection sans cette liste.

⁷³ Consiglio di Stato, Sect. III, n° 3232, 29 mai 2018.

⁷⁴ TAR Piemonte, sez. II, 22 mai 2018, cité par Consiglio di Stato, Sect. III, n° 3232, 29 mai 2018.

1. L'émergence d'une conditionnalité antifasciste pour la concession d'espaces publics

C'est d'abord le juge de l'urgence du Tribunal administratif de Brescia qui a été saisi d'une telle réglementation conditionnant la concession d'espace public⁷⁵. En l'espèce, le mouvement néofasciste *Casapound* avait refusé de réaliser la répudiation du fascisme et du nazisme que la commune de Brescia imposait pour concéder un espace public à des fins de propagande politique⁷⁶. En raison du système du référé italien qui instaure un double contrôle, deux décisions distinctes ont été rendues⁷⁷. Les deux ont refusé de suspendre l'application du règlement municipal en se situant sur le terrain idéologique pour justifier ce nouveau développement pragmatique de la défense de la démocratie italienne.

L'ordonnance du juge unique commence par rappeler que les « *valeurs sur lesquelles repose l'ensemble de la charte constitutionnelle ont une origine historique précise dans la volonté d'affirmer des principes de démocratie et de liberté en opposition à ceux qui caractérisent l'idéologie fasciste* », avant de juger en conséquence, que la réglementation de la commune de Brescia, « *en plus d'être parfaitement cohérente avec le système législatif de répression pénale [relatif à l'apologie du fascisme], n'impose à ses destinataires aucune restriction inacceptable de la liberté d'opinion et de la liberté d'expression* ». Le juge ajoute qu'elle s'inscrit au contraire « *parfaitement dans une tradition constitutionnelle moderne, également partagée au niveau supranational, ancrée sur des principes de démocratie, d'égalité et de liberté qui ne peuvent être protégés qu'au plus haut niveau, puisqu'ils constituent le socle fondateur du système* »⁷⁸.

L'ordonnance rendue en formation collégiale par le Tribunal lombard a confirmé cette première décision suivant la même idée, mais dans une formule plus concise : vu la disposition XII finale et transitoire de la Constitution italienne et la loi Scelba, « *l'ensemble des principes fondamentaux, des libertés constitutionnelles et, plus généralement, des droits et devoirs des citoyens visés à la première partie de la Constitution excluent totalement la tolérance, par l'ordre juridique italien, de comportements imputables à l'idéologie fasciste* »⁷⁹. Partant, le Tribunal estime que la réglementation de la ville de Brescia ne saurait être contraire à la loi. Cette décision a été confirmée par le Conseil d'État, mais au regard de conditions formelles et sans rentrer dans des considérations matérielles⁸⁰. Au fond, cette affaire a finalement été confirmée par la suite en première instance par le même Tribunal administratif de Brescia suivant une motivation similaire à celle des ordonnances de référé⁸¹.

⁷⁵ Sur l'affaire, voir A. LAURO, « Il giudice amministrativo e la XII disposizione finale della Costituzione: osservazioni a partire dall'ordinanza del TAR Brescia sul ricorso di Casapound », *Federalismi.it*, n° 4, 2019, p. 1-16. Voir aussi F. PARUZZO, « Il Tar Brescia rigetta il ricorso di CasaPound: l'antifascismo come matrice e fondamento della Costituzione », *Osservatorio costituzionale*, n° 2, 2018, p. 1-14.

⁷⁶ Giunta Comunale di Brescia, délibération n. 781 du 19 décembre 2017 : « *répudier le fascisme et le nazisme ; se reconnaître dans les principes et les règles de la Constitution italienne ; ne pas professer et ne pas faire la propagande d'idéologies néo-fascistes et néo-nazies en violation de la Constitution et de la législation qui la met en œuvre ; ne pas poursuivre des objectifs antidémocratiques en exaltant, propageant, menaçant ou utilisant la violence comme méthode de lutte politique ou prôner la suppression des libertés garanties par la Constitution ou dénigrant la Constitution et ses valeurs démocratiques fondatrices ; ne pas réaliser de manifestations extérieures faisant l'apologie des idéologies fascistes et/ou nazies* » (cité par TAR Brescia, Sez. II, sent. n. 3, 16 janvier 2018).

⁷⁷ L'article 55 du code italien de procédure administrative prévoit que si un requérant estime qu'il subit un préjudice grave et irréparable pendant le temps nécessaire pour parvenir à une décision au fond, il peut demander des mesures conservatoires prononcées de façon collégiales (*misure cautelari collegiali*) qui interviendront dans un délai de 20 jours après la dernière notification et de 10 jours après le dépôt du recours. L'article 56 prévoit quant à lui qu'en cas d'extrême urgence et avant que le collège ne se prononce, le requérant peut demander au Président du Tribunal administratif de prononcer des mesures provisoires (*misure cautelari monocratiche*).

⁷⁸ TAR Brescia, Sez. II, dec. n. 3, 16 janvier 2018.

⁷⁹ TAR Brescia, Sez. II, ord. n. 68, 8 février 2018.

⁸⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 2177, 17 mai 2018. Le juge a simplement fait valoir que la délibération du Conseil municipal de Brescia avait le caractère d'un « acte d'orientation » et ne pouvait donc créer un préjudice grave et irréparable.

⁸¹ TAR Brescia, Sez. II., sent. 166, 26 février 2020.

Quelques mois plus tard, c'était au tour du Tribunal régional administratif du Piémont de se prononcer sur une réglementation similaire de la municipalité de Rivoli⁸². *Casapound*, toujours à l'origine du recours, s'est vu une nouvelle fois déboutée par le juge du fond, lequel rendit cette fois un « jugement en forme simplifiée » comme l'y autorise l'article 74 du code de procédure administrative lorsqu'un recours est notamment manifestement infondé. De façon tout à fait notable, le juge commence par faire remarquer que l'interdiction constitutionnelle de réorganiser le parti fasciste dissous ainsi que la loi Scelba ne limitent pas uniquement la liberté d'association, mais visent également la liberté de pensée et celle de réunion des individus qui cherchent à réorganiser l'ancien parti totalitaire. Le Tribunal administratif du Piémont ajoute qu'« *il s'agit de principes qui, pour des raisons évidentes, sont particulièrement applicables à la propagande politique et électorale* »⁸³. Au surplus, alors que *Casapound* avait accepté de déclarer son engagement en faveur des valeurs constitutionnelles tout en refusant de répudier le fascisme et le nazisme, le Tribunal administratif du Piémont, tout comme le Tribunal lombard, rejette la position du mouvement néofasciste estimant que l'adhésion aux valeurs constitutionnelles impliquait nécessairement un rejet du fascisme et du nazisme, sauf à « *priver de toute valeur substantielle et symbolique* » un tel engagement⁸⁴.

En tout état de cause, le Conseil d'État n'a pas encore eu à se prononcer au fond sur ce nouvel outil de mise en œuvre de l'antifascisme constitutionnel. Le sens de sa décision ne sera pas nécessairement identique à celui de sa jurisprudence en matière de contrôle des candidatures électorales dans la mesure où la conditionnalité politique pour la concession d'espaces publics pose de sérieux problèmes constitutionnels.

2. Les problèmes de la conditionnalité antifasciste pour la concession d'espaces publics

Si la réactivation de l'antifascisme constitutionnel se comprend au regard de son ineffectivité en matière de liberté d'association, elle pose néanmoins un certain nombre de problèmes constitutionnels sous cette forme administrative de conditionnalité de la concession d'espaces publics à une déclaration de répudiation du fascisme. Deux difficultés principales sont à l'œuvre.

La première, qui a été soulevée par l'un des premiers commentaires des ordonnances du Tribunal de Brescia⁸⁵, réside dans la compatibilité d'une telle conditionnalité avec le principe de légalité matérielle, dégagée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 4 avril 2011⁸⁶. Ce principe interdit que le pouvoir conféré par la loi à une administration soit « *absolument indéterminé* » quant aux méthodes par lesquelles l'administration peut agir pour réaliser l'objectif qui lui est assigné. La Cour affirme en ce sens qu'« *il n'est pas suffisant que le pouvoir soit prévu par la loi pour protéger un bien ou une valeur, mais il est indispensable que son exercice soit déterminé dans son contenu et dans les modalités, de manière à maintenir constamment une couverture législative [copertura legislativa], même flexible, de l'action administrative* »⁸⁷. Dans cette perspective, il est possible de se demander si la disposition XII finale et transitoire autorise l'administration à justifier la restriction d'une liberté des administrés en adoptant une mesure relevant de son champ de compétence dans lequel elle dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Autrement dit, il se pose la question de savoir si cette disposition constitutionnelle permet à l'administration de prévoir une conditionnalité antifasciste dans tous les secteurs où elles disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses compétences⁸⁸. S'agissant précisément de la conditionnalité de la concession d'espaces publics, le problème est que l'administration municipale dispose « *d'un large pouvoir discrétionnaire* » en la matière, et qu'elle peut en conséquence, selon les termes du

⁸² F. PARUZZO, « Dichiarazioni antifasciste e concessione di spazi pubblici : il significato inclusivo ed esclusivo della Carta costituzionale », *Osservatorio Costituzionale*, n° 5, p. 237-255.

⁸³ TAR Piemonte, Sez. II, sent. n. 447, 18 avril 2019.

⁸⁴ TAR Piemonte, Sez. II, sent. n. 447, 18 avril 2019.

⁸⁵ A. LAURO, « Il giudice amministrativo e la XII disposizione... », *op. cit.*, p. 6 et s.

⁸⁶ Corte cost., sent. 115, 4 avril 2011.

⁸⁷ *Idem*, 4.

⁸⁸ En ce sens, A. LAURO, « Il giudice amministrativo e la XII disposizione... », *op. cit.*, p. 7.

Tribunal administratif de Brescia, refuser l'utilisation d'un bien public « *chaque fois qu'il existe des raisons impérieuses d'intérêt général* »⁸⁹. Or si le juge administratif considère qu'il n'est dès lors pas déraisonnable que l'administration « *exige, afin d'évaluer le bien-fondé de l'intérêt revendiqué, une déclaration d'engagement au respect des valeurs constitutionnelles* »⁹⁰, il est possible de se demander si une telle pratique est réellement conforme à au principe constitutionnel de légalité matérielle. La question se pose d'autant plus dans ce cas précis, qu'à la différence du contrôle des commissions électorales dont les compétences sont strictement déterminées, l'administration municipale dispose, dans ce cas, d'un large pouvoir discrétionnaire.

La seconde difficulté que soulève la conditionnalité de l'attribution d'espaces publics relève moins de la forme que du fond du dispositif. Il est en effet possible de considérer que cette réglementation municipale outrepasserait doublement la disposition XII finale et transitoire de la Constitution italienne. En premier lieu, il est notable que la conditionnalité mise en place par les communes de Brescia et de Rivoli ne s'en tienne pas à demander aux administrés de ne pas exprimer des opinions fascistes à l'occasion de leur usage d'espaces publics mis à disposition. Une telle interdiction reviendrait finalement à leur demander de respecter le droit pénal en vigueur, et notamment les articles 4 et 5 de la loi Scelba qui interdisent respectivement, sous peine de poursuites pénales, l'apologie du fascisme et la réalisation de manifestations à caractère fascistes (symboles, saluts romains, etc...) dans l'espace public. L'article 5 de cette loi a d'ailleurs été déclaré conforme à la Constitution, en 1958, par la Cour constitutionnelle qui a considéré que la liberté de manifester sa pensée, garantie à l'article 21 du texte constitutionnel, se trouvait limitée par la disposition XII finale et transitoire du même texte constitutionnel⁹¹. Toutefois, dans le cas des réglementations municipales en cause, il ne s'agit pas d'interdire l'expression fasciste sur la voie publique, mais il est demandé aux administrés, par une déclaration, de répudier le fascisme. Il s'agit donc d'une pratique plus intrusive que la répression de l'apologie ou de la réalisation de manifestations fascistes puisqu'il est exigé de rejeter en son for intérieur une idéologie pour pouvoir se voir concéder un espace public. Ce faisant, les municipalités viennent restreindre, non pas la liberté d'association, ni même la liberté d'expression, mais la liberté de conscience des administrés⁹². Or, il est possible de penser que les auteurs de la disposition XII finale et transitoire de la Constitution n'entendaient pas que l'administration puisse aller jusqu'à réglementer les consciences pour empêcher la réorganisation du parti national fasciste dissous.

En second lieu, il y a un autre point qui n'a pas été discuté devant le juge administratif, mais qui contribue également à élargir, voire à transformer totalement, la portée de l'antifascisme constitutionnel. Les réglementations municipales en cause n'exigent pas seulement aux administrés de « *répudier le fascisme* », elles leur demandent en outre de « *se reconnaître dans les principes et les règles de la Constitution italienne* ». Il y a là un renversement total de l'approche antifasciste de la protection de la démocratie italienne. Il n'est plus question d'interdire la réorganisation politique du fascisme, mais il est demandé au citoyen d'adhérer positivement aux valeurs et aux règles de la Constitution italienne. Ce faisant, l'Italie prend la forme d'une démocratie militante sur le modèle de l'Allemagne qui n'entend pas se protéger uniquement contre la réorganisation politique du nazisme, mais qui a souhaité instituer la protection d'un ordre de valeurs libérales et démocratiques contre tous les mouvements totalitaires. Mais, en réalité, même le modèle allemand de démocratie militante ne va pas aussi loin que ces réglementations municipales italiennes. D'abord, il n'oblige pas ses citoyens à adhérer positivement à l'ordre fondamental libéral et démocratique. Cette obligation ne vaut que pour les partis politiques ainsi que pour les fonctionnaires. Ensuite, il ne les oblige pas à se reconnaître dans les *règles* constitutionnelles, mais seulement dans la dogmatique

⁸⁹ TAR Brescia, Sez. II., sent. 166, 26 février 2020.

⁹⁰ TAR Piemonte, Sez. II, sent. n. 447, 18 avril 2019, repris et cité par TAR Brescia, Sez. II., sent. 166, 26 février 2020.

⁹¹ Corte cost., sent. 74, 25 novembre 1958.

⁹² La liberté de conscience n'est pas expressément protégée par le texte constitutionnel italien, mais elle est indirectement garantie par l'intermédiaire de diverses dispositions, et particulièrement des articles 19 et 21, (Corte cost., sent 149, 4 mai 1995. Voir aussi P. F. CARLO, « Obiezione di coscienza », *Enciclopedia del diritto*, XXIX, 1979, §4).

idéologique sous-tendant l'orientation générale des dispositions de la Constitution⁹³. L'inverse impliquerait que toute réforme constitutionnelle serait dès lors interdite. La démocratie militante allemande cherche uniquement à se protéger contre toute subversion idéologique et non contre un réformisme respectueux du cadre idéologique qu'elle défend. Il apparaît donc qu'avec cette nouvelle réglementation municipale, et sous le regard conciliant du juge administratif, l'Italie dépasse ce que la Loi fondamentale allemande autorise en matière de protection de la démocratie.

Dans le débat lancé en 1945 par la revue *La Città Libera* sur l'opportunité d'établir un *liberalismo armato*, le philosophe antifasciste Franco Lombardi, plutôt sceptique à l'égard d'une telle idée, estimait que lorsqu'il s'agit de s'engager pour la défense de la liberté, « *il est important, sur le terrain politique, de clarifier : 1) la chose que l'on veut défendre, et pour être encore plus précis, contre qui on a l'intention de défendre ce quelque chose. 2) comment elle est censée être défendue* »⁹⁴. Vu l'ineffectivité de l'antifascisme constitutionnel italien et la façon dont elle est aujourd'hui compensée, peut-être est-il temps de revenir aux questions que posait le philosophe napolitain à la société italienne d'après-guerre. Hier, comme aujourd'hui, il en va de l'intérêt de la démocratie.

⁹³ R. Chr. VAN OOYEN, « Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabverschiebung. Die „neue“ Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im NPD II-Urteil », *Recht und Politik*, Vol. 53, n° 4, 2017, p. 468-472 ; A. BERTHOUT, « Vers une démocratie militante des petits moyens. Retour sur la décision de non-interdiction du NPD du 17 janvier 2017 du Tribunal constitutionnel fédéral allemand », *RDP*, n° 2, 2018, p. 529-545.

⁹⁴ F. LOMBARDI, « Un partito liberale, che intenda resistere con la forza contro il mutamento dell'ordine costituito, si rivela come reazionario », *La Città Libera*, a. I, n. 8, 5 aprile 1945, republié in F. MAZZEI, *Liberalismo e "democrazia protetta" ...*, *op. cit.*, p. 129-132, [souligné dans le texte].