



HAL
open science

Le droit pénal, les droits de l'homme et le juge

François Rousseau

► **To cite this version:**

François Rousseau. Le droit pénal, les droits de l'homme et le juge : Obs. sous CEDH 12 juill. 2016, n° 50147/11, Reichman c/ France ; CEDH 11 févr. 2016, n° 42534/09, Mitrova and Savik c/ The former Yugoslav Republic of Macedonia ; CEDH 7 avril 2015, n° 6884/11, Cestaro c/ Italie (proportionnalité des peines) ; Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC ; Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC (proportionnalité des peines) ; Cass. 1re civ. 6 avril 2016, n° 15-10552 (application dans le temps des revirements de jurisprudence). 2016, pp.613-621. hal-03342500

HAL Id: hal-03342500

<https://hal.science/hal-03342500>

Submitted on 8 Feb 2022

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

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

Chronique de Droit pénal général

François Rousseau

*Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes
Droit et changement social (DCS UMR-CNRS 6297)*

« LE DROIT PENAL GENERAL, LES DROITS DE L'HOMME ET LE JUGE »

Dans un contexte général où la Cour de cassation souhaite faire évoluer ses méthodes de raisonnement¹ et, en particulier, en systématisant le contrôle de proportionnalité, le rôle du juge et son rapport à la loi suscite immanquablement le débat². Cette (r)évolution ne sera pas sans conséquence sur le droit pénal en dépit de notre conception assez « légicentriste » de la légalité criminelle. Le professeur Robert nous a déjà alerté de la « marée montante de la proportionnalité »³. Cette nouvelle emprise du juge sur la loi via le contrôle de proportionnalité trouve son assise et sa justification dans les ressources inépuisables des droits de l'homme. Plusieurs décisions récentes sont, à cet égard, particulièrement édifiantes que ce soit en matière de proportionnalité des peines (I) ou d'application de la loi dans le temps (II). Au-delà des solutions qu'elles retiennent, elles interrogent sur le rôle et la place du juge au regard des sources du droit pénal.

I – DROITS DE L'HOMME ET CONTROLE DE PROPORTIONNALITE DES PEINES

Plusieurs décisions récentes rendues, tant par la Cour européenne des droits de l'homme (1) que le Conseil constitutionnel (2), témoignent d'un certain renforcement du contrôle de proportionnalité des peines au point de friser le contrôle d'opportunité du choix de la peine.

¹ B. Louvel, *Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, JCP G 2015, n° 43, 1122, entretien ; *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, suppl. n° 1-2.

² H. Fulchiron, *Flexibilité de la règle et souplesse du droit (à propos du contrôle de proportionnalité)* : D. 2016, p. 1376 ; F. Chénéde, *Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation*, D. 2016, p. 796.

³ J.-H. Robert, *La marée montante de la proportionnalité*, JCP G 2016, n° 14, 401.

1/ Le contrôle de la Cour européenne

CEDH 12 juill. 2016, n° 50147/11, *Reichman c/ France*

CEDH 11 févr. 2016, n° 42534/09, *Mitrova and Savik c/ The former Yugoslav Republic of Macedonia*

CEDH 7 avril 2015, n° 6884/11, *Cestaro c/ Italie*

Dans son arrêt *Reichman c/ France* (CEDH 12 juill. 2016, n° 50147/11), la Cour européenne devait se prononcer sur la conformité d'une condamnation pour diffamation publique d'un animateur de radio avec l'article 10 de la Convention garantissant la liberté d'expression. Dans cette affaire, un éditorialiste d'une radio avait, au cours d'une émission, dénoncé publiquement certains agissements de la nouvelle direction de la radio. Sa condamnation pour diffamation publique étant confirmée en appel, il forme un pourvoi en cassation, qui sera néanmoins déclaré irrecevable pour vice de forme⁴. Le requérant saisit donc la Cour européenne en invoquant à la fois la violation de son droit d'accès à un tribunal résultant de l'irrecevabilité de son pourvoi (article 6) et la violation de son droit à la liberté d'expression (article 10). La Cour lui donne raison sur les deux motifs de contestation et conclut à la violation par la France tant de l'article 6 que de l'article 10. Sans nous attarder sur la violation de l'article 6 découlant de l'irrecevabilité du pourvoi, on peut simplement regretter que la Chambre criminelle ne se soit pas prononcée sur le fond de cette affaire, car son approbation de la décision des juges du fond était loin d'être acquise. En effet, en ce qui concerne la violation de la liberté d'expression, la Cour européenne reproche aux juridictions internes de s'être « contentées de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation », sans procéder à un contrôle de proportionnalité, alors que les propos diffamatoires du requérant s'inscrivaient dans un contexte de dissensions au sein de la radio et pouvaient être justifiés par la liberté d'expression (§70 et 71). Le reproche adressé par la Cour européenne aux juges français est sévère, car les juges du fond s'étaient bien livrés à un contrôle de proportionnalité au-delà de la seule constatation des éléments constitutifs de la diffamation (§12). Cependant, ils ont estimé que les accusations portées par le requérant ne reposaient pas sur des éléments factuels suffisamment sérieux. La Cour européenne considère, au contraire, que les propos litigieux, parce qu'ils s'inscrivaient dans un contexte polémique d'intérêt public (s'agissant de la direction d'une radio), s'appuyaient sur un minimum d'éléments factuels propres à les légitimer au nom de la liberté d'expression et ce, indépendamment de la démonstration de leur exactitude (§§65-68).

Le sens de cette solution ne surprend pas vraiment et il faut bien avouer que la solution des juges du fond fondée sur les exigences de la bonne foi n'était pas incontestable au regard de la justification des abus de la liberté d'expression développée par la Chambre criminelle sur le fondement de l'article 10 de la Convention⁵. Le plus intéressant à nos yeux est la remarque conclusive de la Cour européenne lorsqu'elle achève son contrôle de proportionnalité. En effet, elle rappelle que « le prononcé même d'une condamnation pénale est l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression, eu égard à

⁴ V. Cass. crim. 1^{er} mars 2011, n° 10-83903.

⁵ Pour s'en tenir à quelques illustrations récentes, v. Cass. crim. 12 avr. 2016, n° 14-87606 : Dr. pén. 2016, n° 93, obs. Ph. Conte ; Cass. crim. 1^{er} déc. 2015, n° 13-80.108 ; Dr. pén. 2016, n° 47, obs. Ph. Conte.

l'existence d'autres moyens d'intervention et de réfutation, notamment par les voies de droit civiles » et invite « *les autorités internes à faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale* » (§73). La solution n'est certes pas nouvelle⁶ ; elle n'en demeure pas moins remarquable. Elle conforte non seulement l'emprise du juge européen sur le contrôle de la proportionnalité de la peine⁷, mais elle manifeste au-delà une certaine emprise du juge européen sur l'opportunité même du choix de la peine, voire du choix de la nature du contentieux des abus de la liberté d'expression. En effet, la Cour suggère assez clairement au législateur de privilégier la voie civile sur celle pénale. On pourrait y voir l'expression d'un « *devoir de ne pas punir* », imposé au législateur, qui serait le pendant du « *devoir de punir* », exigé par la même Cour pour garantir l'effectivité de certains droits fondamentaux tel que le droit à la vie⁸. En invitant ainsi un législateur national à ne pas faire usage de la répression pénale, il nous semble que le contrôle de proportionnalité du juge européen se mue en un contrôle d'opportunité, permettant au juge au nom des droits de l'homme de s'arroger une prérogative législative qui est celle de décider ou non de recourir à la norme pénale.

Cette emprise du juge européen sur le choix de la peine ressort également, bien que plus implicitement, de l'arrêt *Mitrova and Savik c/ The former Yugoslav Republic of Macedonia* (CEDH, 11 févr. 2016, n° 42534/09)⁹. Dans cette affaire, la Cour européenne a accepté de contrôler la proportionnalité de la condamnation d'une mère à une peine d'emprisonnement ferme pour un délit de non-représentation d'enfant avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Plus précisément, la Cour s'est demandée si cette peine, en l'espèce, constituait une atteinte disproportionnée au regard du droit au respect de la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 90 et s.). Elle conclut à la non-violation de l'article 8, en s'appuyant notamment sur les deux condamnations précédentes de la mère à de l'emprisonnement avec sursis pour les mêmes délits, qui démontraient le manque de coopération de la mère pour maintenir les liens familiaux entre l'enfant et son père. Une fois encore, le contrôle opéré par le juge européen est assez remarquable. En effet, une lecture *a contrario* de cette décision pourrait signifier que la Cour européenne serait prête à condamner un Etat dont les autorités judiciaires auraient dans une affaire comparable ordonné de l'emprisonnement ferme dès la première condamnation¹⁰. Sans doute, une telle condamnation serait-elle excessive d'un point de vue de politique criminelle et on pourrait partager l'avis de la Cour européenne sur le fond. Mais une fois encore, le contrôle de proportionnalité ne se mue-t-il pas en contrôle d'opportunité du choix de la peine ?

Il convient enfin de rapprocher de ces deux premières décisions l'arrêt *Cestaro c/ Italie* (CEDH 7 avril 2015, n° 6884/11)¹¹ qui témoigne d'une autre forme de contrôle d'opportunité portée par la Cour européenne sur l'usage de la répression pénale. Cette affaire fait suite à des violences policières commises par les autorités italiennes contre des militants anticapitalistes au cours d'un sommet du « G8 ». La Cour européenne conclut à la violation

⁶ V. CEDH, 23 avril 2015, n° 29369/10, *Morice c/ France*.

⁷ Sur lequel, v. E. Bonis-Garçon & V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n° 302 et s.

⁸ V. G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda & J. Tricot (ss-dir.), « *Devoir de punir ?* », *le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, SLC 2013, vol. 32.

⁹ Dr. pén. 2016, n° 107, obs. Ph. Conte.

¹⁰ En ce sens, v. les observations de Ph. Conte, préc.

¹¹ Dr. pén. 2016, chron. 4 (§3), obs. E. Dreyer.

de l'article 3 en raison d'un usage disproportionné de la force contre des militants pacifistes (§180 et s.). En outre, elle reproche à l'Italie une carence dans la recherche des responsables des coups qui n'ont pas été identifiés faute d'une enquête sérieuse. Elle rappelle ici l'obligation positive des Etats de mener une enquête effective et objective en cas d'atteintes graves à l'intégrité physique relevant de l'article 3 de la Convention¹². En outre, elle reproche aux juridictions italiennes d'avoir déclaré les faits les plus graves prescrits, ce qui n'a pas permis de prononcer des peines à la hauteur de la gravité des faits. La Cour européenne explique en ce sens que, « *en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'État, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine (...) Il en va de même du sursis à l'exécution de la peine (...) et d'une remise de peine* » (§ 208). C'est ici une obligation positive plus substantielle de punir qui est imposée aux Etats au nom de l'effectivité des droits fondamentaux. Et, cette obligation positive implique, non seulement une exigence d'incrimination des actes contraires à l'article 3 de la Convention, mais également leur imprescriptibilité¹³, leur non effacement par l'amnistie ou la grâce, ainsi que le prononcé d'une sanction suffisamment dissuasive et en rapport avec la gravité des faits.

Ces obligations positives de nature pénale imposées aux Etats au nom d'une garantie effective des droits fondamentaux ne sont pas nouvelles et sont particulièrement nourries sur le terrain de l'article 2 garantissant le droit à la vie¹⁴. Elles sont l'expression technique d'un « devoir de punir » imposé par le juge européen aux Etats partis à la Convention. Une fois encore, sans vouloir préjuger du bien fondé de l'appréciation portée par la Cour sur le traitement pénal des atteintes graves à l'intégrité physique contraire à l'article 3 ou bien encore sur celui des atteintes à la vie, il faut bien reconnaître que le contrôle opéré par la Cour européenne tend à devenir un véritable contrôle d'opportunité de l'usage ou du non-usage de la répression pénale.

La question se pose de la légitimité du juge européen à exercer un tel contrôle aux frontières de la proportionnalité et de l'opportunité. Il ne s'agit pas de contester la capacité du juge à contrôler la norme produite par le législateur surtout lorsque les droits fondamentaux sont en cause. Il serait en effet trop facile, nous semble-t-il, d'alimenter la doctrine du déclin de la légalité criminelle et d'y voir une manifestation supplémentaire de la perte de l'autorité de la loi. Cette posture critique systématique ne permet pas de discerner les justes limites de l'emprise du juge sur la loi pénale¹⁵. Le développement des contrôles de la norme pénale confiés aux juges (pénal, constitutionnel et européen) pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux sont d'une certaine manière l'expression d'un rôle légitime de « correction » de la norme pénale. Mais jusqu'où peut aller ce rôle correcteur ? Et au-delà, le juge est-il légitime à s'arroger à pouvoir d'initiative en matière pénale ? A ces questions, il faut aussi avoir à l'esprit l'effet d'entraînement de ces décisions qui de par leur casuistique (appréciation *in concreto* de la proportionnalité/opportunité) ne peuvent qu'inciter les justiciables à exercer un recours devant la Cour européenne des droits de

¹² V. par exp. CEDH 28 oct. 1998, *Assenov c/ Bulgarie*, n° 24760/94 (§102) ; CEDH 11 févr. 2014, *Gramada c/ Roumanie*, n° 14974/09.

¹³ Qui pourrait être une imprescriptibilité de fait résultant de mécanismes interruptifs ou de report (§208).

¹⁴ V. G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda & J. Tricot (ss-dir.), « *Devoir de punir ?* », *le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, préc.

¹⁵ V. notre article, *Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir*, RSC 2015, p. 257.

l'homme : les condamnés au nom du devoir de ne pas punir ; les victimes au nom du devoir de punir.

2/ Le contrôle du Conseil constitutionnel

Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC

Cons. const. 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC

A l'instar de la Cour européenne, le Conseil constitutionnel n'hésite pas non plus, à sa manière, à procéder à un contrôle de proportionnalité des peines à la limite du contrôle d'opportunité du choix des peines comme en témoigne trois décisions rendues en matière d'infractions fiscales.

La première décision (Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-554 QPC) fut rendue à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'article 1736, IV du Code général des impôts qui sanctionne d'une amende fiscale la non-déclaration d'un compte ouvert, utilisé ou clos à l'étranger pour le calcul de l'impôt sur le revenu. Cette amende fiscale peut être forfaitaire ou bien proportionnelle au montant des sommes ainsi dissimulées lorsque ce montant dépasse 50 000€ (art. 1736, IV, alinéa 2). Après avoir rappelé sans surprise qu'une telle sanction avait le caractère d'une punition (cons. 6), le Conseil estime que, *« en prévoyant une amende proportionnelle pour un simple manquement à une obligation déclarative, le législateur a instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer »* qui méconnaît le principe constitutionnel de proportionnalité des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

On signalera, tout d'abord, qu'il est rare de voir le Conseil constitutionnel invalider une peine en raison de sa sévérité excessive¹⁶. Comme il le rappelle souvent (ainsi que dans cette même décision) le choix de la peine appartient au seul législateur et il incombe au Conseil constitutionnel de seulement *« s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue »* (cons. 5). Ce rappel mérite cependant d'être sérieusement nuancé lorsqu'on analyse ensuite le fond de la solution. En effet, la disproportion manifeste dénoncée par le Conseil entre la peine financière et le manquement consistant à ne pas déclarer des comptes à l'étranger n'était pas si évidente. En ce sens, on rappellera que l'amende fiscale proportionnelle aux sommes dissimulées ne s'applique que lorsque leur montant total dépasse 50 000€. La sanction financière est donc lourde, mais n'est-elle pas à la hauteur de la fortune des fraudeurs ? En outre, cette sanction est calculée en pourcentage du « solde » total des comptes dissimulés, de telle sorte qu'elle est plafonnée en considération de la fortune de l'auteur de l'infraction. Bref, dire que cette sanction fiscale encourue est sévère n'est guère discutable, mais affirmer qu'elle est disproportionnée ne nous semble pas si « manifeste » que cela. Sans doute, l'explication de la solution du Conseil réside dans la nature de l'acte infractionnel, à savoir une simple absence de déclaration qui peut résulter d'une simple négligence. Il n'en demeure pas moins qu'une peine peut également être

¹⁶ V. notre article, *Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir*, préc., et les références citées.

déterminée en fonction des conséquences préjudiciables de l'infraction¹⁷, qui en matière fiscale dépend des sommes dissimulées au trésor public. Une fois encore, la disproportion dénoncée par le Conseil était-elle si « manifeste » ? C'est pourquoi nous pouvons déceler dans cette décision un certain renforcement du contrôle de proportionnalité des peines par le Conseil constitutionnel¹⁸ qui, à l'instar du contrôle opéré par le juge européen, est à la limite du contrôle d'opportunité.

Cette évolution semble confortée par deux autres décisions rendues par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 24 juin 2016 QPC, n° 2016-545 et n° 2016-546 QPC, *affaire Cahuzac*) et relatives au possible cumul des sanctions fiscales, (majorations fiscales) prévues en cas d'omissions ou inexactitudes volontaires au moment de la déclaration pour le calcul de l'impôt, avec les amendes pénales encourues lorsque ces mêmes faits sont constitutifs d'un délit pénal de fraude fiscale.

On sait que, depuis l'arrêt *Grande Stevens* de la Cour européenne¹⁹ et la décision du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel ayant censuré le cumul des sanctions administratives et pénales en matière d'infractions boursières²⁰, les mécanismes permettant un cumul de sanctions administratives et pénales pour la répression d'un même fait sont dans la tourmente de la règle *non bis in idem*²¹. Sur ce point, le Conseil valide le possible cumul des majorations fiscales avec le prononcé d'une amende pénale en cas de fraude fiscale, mais dans la limite du montant global encouru le plus élevé. Il justifie ce cumul des sanctions fiscales et pénales de par leur complémentarité pour lutter efficacement contre la fraude fiscale et assurer les différents intérêts en présence, à savoir l'intérêt financier de l'état, l'égalité devant l'impôt, la dissuasion et la répression. Pour autant, le Conseil accompagne sa validation d'une réserve d'interprétation qui est à nos yeux remarquable. Il explique en effet que si le principe de nécessité n'interdit pas le cumul de sanctions fiscales et pénales, il impose néanmoins de réserver l'application des dispositions pénales (en l'espèce l'article 1741 CGI) « *aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt* ». Et, il ajoute pour préciser son propos que « *cette gravité peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention* » (cons. 21, dans les deux décisions). N'y a-t-il pas dans cette réserve d'interprétation une invitation faite au législateur pour peut-être reformuler le délit pénal de fraude fiscale en le réservant au cas les plus graves selon les critères proposés par le juge constitutionnel lui-même ?

Une fois encore, on peut déceler derrière le contrôle de proportionnalité de la peine un quasi-contrôle d'opportunité du choix de la peine, voire du recours à la voie pénale. Le Conseil marcherait ainsi dans les pas de la Cour européenne. Il faut néanmoins relever une

¹⁷ Dans un tout autre domaine, songeons aux délits de violences ou de blessures par imprudence dont la peine dépend principalement des conséquences dommageables de l'acte plus que de la gravité de l'acte lui-même.

¹⁸ Cette évolution est souhaitée par une partie de la doctrine qui a parfois reproché au Conseil sa trop grande timidité ; en ce sens, v. E. Dreyer, *La subsidiarité du droit pénal*, in Mélanges J.H. Robert : LexisNexis, 2012, p. 247 ; R. Parizot, *Pour un véritable principe de nécessité des incriminations*, in Mélanges Ch. Lazerges : Dalloz, 2014, p. 245.

¹⁹ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c/ Italie*, n° 18640/10.

²⁰ Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453 QPC : D. 2015, p. 679 et p. 894, note A.-V. Le Fur & D. Schimdt ; Dr. pén. 2015, n° 56, obs. F. Creux Thomas et n° 79, obs. V. Peltier.

²¹ O. Décima, *Le fantôme de ne bis in idem* : D. 2015, p. 874.

différence de taille entre ces deux juges. La Cour européenne contrôle *in concreto* la proportionnalité de la peine prononcée au regard des faits et des circonstances de l'affaire, alors que le Conseil procède à un contrôle « normatif » donc *in abstracto* de la proportionnalité de la peine encourue au regard des faits abstraitement incriminés. Son contrôle est donc en un sens encore plus normatif et par là plus attentatoire au pouvoir souverain du législateur.

II – DROITS DE L'HOMME ET APPLICATION DANS LE TEMPS DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE

Cass. 1^{re} civ. 6 avril 2016, n° 15-10552

Sans doute, trouvera-t-on étrange d'évoquer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation au sein d'une chronique de droit pénal général. Mais cet arrêt traite du droit de la presse, où le juge civil est amené à appliquer les dispositions pénales de la loi du 29 juillet 1881 avant de pouvoir se prononcer sur les intérêts civils. Or, sa solution pourrait inspirer la chambre criminelle non seulement en droit de la presse, mais peut-être au-delà puisque le problème au fond concerne l'application dans le temps des revirements de jurisprudence.

Pour bien comprendre la solution de cet arrêt, quelques rappels s'imposent. On sait que le droit de la presse, régi par la loi de 1881, soumet la poursuite à un formalisme rigoureux dont l'objectif est de protéger la liberté d'expression. Parmi ces quelques règles procédurales dérogatoires, l'article 53 de la loi de 1881 exige à peine de nullité que l'acte de saisine initial doit préciser les faits poursuivis et les qualifier en indiquant le texte de loi applicable. Selon une jurisprudence constante de la Chambre criminelle, la citation délivrée par le plaignant doit en ce sens mentionner non seulement le texte d'incrimination mais également le texte qui édicte la peine sanctionnant l'infraction lorsque ce texte est distinct²². Or, la première chambre civile, de son côté, a souhaité assouplir cette jurisprudence lorsque le contentieux était porté devant les juridictions civiles en considérant que la seule omission, dans l'assignation, de la mention de la sanction pénale encourue, que la juridiction civile ne peut prononcer, n'était pas de nature à en affecter la validité²³.

Dans l'affaire ayant donné lieu à notre arrêt du 6 avril 2016, l'assignation délivrée par la partie plaignante pour diffamation publique ne visait que l'article 29 de la loi de 1881, définissant l'incrimination, sans viser en outre l'article 32 de la même loi qui en édicte la peine. Cette omission étant sans conséquence devant le juge civil depuis 2009, elle ne devait pas *a priori* entraîner l'annulation de la citation. Mais, la première Chambre civile profite de cet arrêt pour opérer un revirement de jurisprudence sur ce point, qu'elle justifie à l'appui d'un arrêt d'assemblée plénière ayant rappelé la nécessité d'appliquer devant les juridictions

²² Par exp., v. Cass. crim. 19 juin 1957 : Bull. n° 509 ; 14 sept. 2004 : Bull. n° 207.

²³ V. Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2009, n° 08-17315, Bull. n° 180 ; Dr. pén. 2009, n° 132, obs. J.-H. Robert ; Gaz. pal. 2010, 1, jur. 888, obs. F. Fourment.

civiles l'article 53 de la loi de 1881²⁴ et consacrant par là l'unicité du procès de presse, que l'action soit engagée devant la juridiction civile ou la juridiction pénale. Elle conclut dès lors à la nullité de l'assignation, à défaut de mention du texte édictant la peine applicable aux faits de diffamation allégués.

Cependant, la première Chambre civile s'empresse aussitôt de neutraliser les effets de son revirement de jurisprudence dans cette affaire et c'est là l'apport majeur de cet arrêt. Elle explique en ce sens que « *si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste* ». Puis, elle ajoute au regard de l'espèce que « *les assignations en cause, dont les énonciations étaient conformes à la jurisprudence de la première chambre civile, ont été délivrées à une date à laquelle la société et les consorts X... ne pouvaient ni connaître ni prévoir l'obligation nouvelle de mentionner le texte édictant la peine encourue* ». Elle conclut enfin en estimant que « *l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver ces derniers d'un procès équitable, au sens de l'article 6, §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en leur interdisant l'accès au juge ; qu'il n'y a donc pas lieu d'annuler les assignations* ».

On ne reviendra pas sur les nombreux débats ayant alimenté les revues il y a quelques années à la suite du Rapport « Molfessis » sur la possible modulation dans le temps des revirements de jurisprudence²⁵. On sait que, depuis, la Cour de cassation a trouvé un habile compromis consistant à fonder une éventuelle neutralisation de la rétroactivité naturelle des revirements en se fondant sur les droits fondamentaux. L'article 6 avait d'ailleurs déjà été mobilisé dans des circonstances similaires pour neutraliser un revirement de jurisprudence relatif aux règles de prescription en matière de presse²⁶.

La solution appliquée en droit de la presse pourrait parfaitement être transposée au droit pénal de droit commun. Outre l'article 6, c'est l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui pourraient être mobilisés devant le juge pénal pour fonder la neutralisation d'un revirement de jurisprudence procédant à l'extension imprévisible d'une incrimination. Imaginons que demain, la Chambre criminelle revienne sur sa définition étroite du viol²⁷ pour à nouveau l'élargir à tout acte de pénétration sexuel y

²⁴ V. Cass. ass. plén. 15 févr. 2013, n° 11-14637 : Bull. n° 1.

²⁵ V. N. Molfessis (ss-dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis au Premier président Guy Canivet, LexisNexis, 2005 ; V. Heuzé, A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité, JCP G 2005, I, 130 ; X. Lagarde, *Jurisprudence et insécurité juridique*, D. 2006, p. 678 ; P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D. 2005, p. 247 ; Ch. Radé, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D. 2005, p. 988.

²⁶ V. Cass. 2^e civ. 8 juill. 2004, n° 10-426 : Bull. n° 387 ; Cass. ass. plén. 21 déc. 2006 : Bull. n° 14 ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer ; D. 2007, p. 835, note P. Morvan.

²⁷ V. Cass. crim. 21 oct. 1998 : Bull. n° 274 ; D. 1999, p. 7, note Y. Mayaud ; JCP 1998, II, 10215, note D. Mayer ; Cass. crim. 22 août 2001 : Bull. n° 169.

compris s'il est subi par l'auteur²⁸. De manière un peu plus réaliste, on pourrait songer à une extension de la notion de viol par surprise à l'encontre de la personne ayant des relations sexuelles avec une autre en lui dissimulant le fait d'être porteur du VIH et alors que cet élément peut être déterminant du consentement à l'acte sexuel. Certains auteurs ont en effet suggéré cette extension du viol, à l'instar de certains droits étrangers²⁹. En pareil hypothèse, il nous semble que le principe fondamental de prévisibilité de la norme pénale découlant de la légalité criminelle devrait permettre à la Chambre criminelle de formuler son revirement ou sa nouvelle interprétation plus sévère de l'incrimination tout en refusant de l'appliquer aux faits commis antérieurement à sa décision pour ne pas méconnaître le droit fondamental à la liberté individuelle. Un tel report dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence semble devoir s'imposer dès lors que l'imprévisibilité d'une évolution jurisprudentielle porterait atteinte à un droit fondamental (processuel ou substantiel) et exposerait la France à une condamnation par la Cour européenne. Cette justification tirée du respect des droits fondamentaux souffre moins la critique qu'une hypothétique bonne administration de la justice invoquée un temps par la Chambre criminelle au cours de la « saga » relative à la garde à vue³⁰. Nous convenons en même temps que cette nouvelle interaction des droits de l'homme avec le droit pénal pour tempérer les possibles injustices d'une application trop mécanique des règles de droit transitoire sera propice au contentieux et à l'interprétation, à commencer par cette première question : qu'est-ce qu'un revirement ?

²⁸ V. Cass. crim. 22 mai 1996 : Bull. n° 212 ; 16 déc. 1997 : Bull. n° 429 ; JCP 1998, II, 10074, note D. Mayer ; Y. MAYAUD, *Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem et... contra rationem* : D. 1998, p. 212.

²⁹ En droit pénal canadien par exemple depuis la décision rendue en ce sens par la Cour suprême dans l'affaire *Cuerrier* en 1998, v. R. Grondin, *Les infractions contre la personne et contre les biens*, W&L, 7^e éd., 2012, n° 54, p. 62.

³⁰ V. Cass. crim. 19 oct. 2010, n° 10-82902 : Bull. n° 164 ; D. 2010, p. 2809, note E. Dreyer ; v. également, J. Pradel, *Vers une métamorphose de la garde à vue. Après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010*, D. 2010, p. 2783.