

*Penser l'impensable:
le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal
in malam partem. La perspective italienne**

Massimo Vogliotti**

SOMMAIRE: 1. *Un impensé...* – 2. *...impensable.* – 3. *Excursus: l'effet du paradigme sur le problème de la rétroactivité de la loi interprétative.* – 4. *Intensification des anomalies du paradigme...* – 5. *...et "hypothèses ad hoc".* – 6. *La position de la jurisprudence après l'arrêt de la Cour constitutionnelle* – 6.1. *Décisions qui empêchent la rétroactivité in malam partem de la norme jurisprudentielle.* 6.1.1. *En présence d'un conflit synchronique de jurisprudence.* – 6.1.2. *En présence d'un conflit diachronique de jurisprudence.* – 6.1.3. *En présence d'un "casus novus".* – 6.2. *Décisions qui n'empêchent pas la rétroactivité in malam partem de la norme jurisprudentielle.* – 6.2.1. *L'hypothèse du conflit synchronique de jurisprudence.* – 6.2.2. *Le courant "insouciant" à l'égard des effets dans le temps du droit jurisprudentiel.* – 7. *Penser autrement* – 7.1. *L'hypothèse du conflit synchronique de jurisprudence* – 7.2. *L'hypothèse du conflit diachronique de jurisprudence* – 7.2.1. *Le problème du changement: "quid?"...* – 7.2.2. *... et "quando?"* – 7.3. *Les externalités positives de la rupture épistémologique.*

“Les changements de paradigme font que les scientifiques, dans le domaine de leurs recherches, voient tout d'un autre œil. Dans la mesure où ils n'ont accès au monde qu'à travers ce qu'ils voient et font, nous pouvons être amenés à dire qu'après une révolution, les scientifiques réagissent à un monde différent”.

Th. S. Kuhn (1970), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 136

1. *Un impensé...*

Si le problème de la rétroactivité de la loi a, depuis toujours, attiré l'attention du juriste, celui de la rétroactivité de la décision judiciaire est resté longtemps inaperçu¹. Cette indifférence à l'égard de la temporalité des jugements a pris des

* Ce texte, rédigé dans le cadre d'une bourse annuelle du CNR, a été publié dans le vol. 26 / 2002 – 2 de la *Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, consacré au thème du *Droit transitoire jurisprudentiel. Perspective comparative*. Je remercie le directeur de la Revue, Mme Nadine Watté, et l'éditeur, les Ets Bruylant de Bruxelles, d'avoir donné leur aval à cette publication dans la revue “Diritto e Questioni Pubbliche”.

** Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université du Piémont Oriental (Italie) et professeur à l'Académie européenne de théorie du droit.

¹ Comme le note F. Ost, “L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles”, in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruxelles, Bruylant,

dimensions toutes particulières dans le domaine pénal où, pourtant, des raisons élémentaires de sauvegarde des droits du citoyen auraient dû conduire le pénaliste à insérer cette problématique dans les premières pages de son agenda.

Pour ce qui est de l'Italie, exception faite de rares et timides références à cette question², le “droit des manuels”³, mais aussi les monographies consacrées au thème de la temporalité du droit pénal (*rectius*: de la *loi* pénale)⁴, se sont désintéressés, jusqu'à récemment, du problème de la rétroactivité du revirement jurisprudentiel. La même attitude est partagée par la jurisprudence⁵.

1998, p. 91: “tout se passe comme si un voile pudique recouvrait cette question qu'on semble seulement “redécouvrir” à l'occasion de telle ou telle espèce particulièrement embarrassante”.

² S. Riondato, “Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza”, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso* (“Atti del Seminario Internazionale di Studio”, Padova, 27 et 28 janvier 1999), sous la dir. de U. Vincenti, Padova, Cedam, 2000, p. 241, rappelle l'allusion au problème de la rétroactivité de l'interprétation évolutive faite par C. Esposito, “Irretroattività e “legalità” delle pene nella nuova Costituzione”, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, Padova, Cedam, 1950, p. 513 (qui, toutefois, exclut que l'on puisse tirer, de l'article 25 de la Constitution, un interdit absolu à l'égard de ce type d'interprétation) et par M. Leone, “Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale”, in *Giustizia penale*, 1982, II, c. 278.

³ Voir, pour cette locution qui désigne la représentation officielle, paradigmatique, du droit dans les sociétés occidentales, M. Alliot, “L'anthropologie juridique et le droit des manuels”, in *Archiv für rechts-und Sozialphilosophie*, beiheft 24, *Social Justice and Individual Responsibility in the Welfare State*, 1985, p. 71 s. La quasi-totalité des manuels de droit pénal ne fait aucune référence à la succession du droit jurisprudentiel dans le temps. Voir, par exemple, I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1998; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIème éd., Padova, Cedam, 1998; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, Giappichelli, 1999; T. Padovani, *Diritto penale. Parte generale*, V^e éd., Padova, Cedam, 1999; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV^e éd. intégrée par L. Conti, Milano, Giuffrè, 2000; R. Riz, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, II^e éd., Padova, Cedam, 2000; G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. 1, III^e éd., Milano, Giuffrè, 2001 et F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, II^e éd., Torino, Giappichelli, 2001. Une allusion à ce thème est faite, par contre, dans les manuels de G. Fiandaca et E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, V^e éd., Bologna, Zanichelli, 2001, p. 364 (voir, *infra*, la note 39) et de F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, IV^e éd., 2001, p. 89 (voir, *infra*, la note 41).

⁴ Voir, par exemple, M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1965 et, plus récemment, B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁵ Voir, par exemple, Cass. sez. III, 16.2.1976, Macario, in *Cassazione penale*, 1978, p. 72 s., qui avait condamné un homme pour le viol de sa propre femme, sans s'interroger sur le caractère rétroactif de cette décision qui renversait l'opinion, absolument dominante dans la doctrine, selon laquelle le délit de viol devait être exclu entre époux. Le jugement en question se limite à citer la doctrine, sans faire aucunement mention de la jurisprudence. Dans un commentaire consacré à cette décision, P. Brignone, après avoir remarqué la rareté des jugements sur ce thème, laisse entendre que la jurisprudence majoritaire n'était pas en désaccord avec la doctrine (il rappelle, par exemple, un courant présent jusque dans les années soixante, d'après lequel violait l'article 570 du Code pénal – “*Violazione degli obblighi di assistenza familiare*” – la femme qui refusait d'avoir des relations sexuelles avec son mari). Cette sorte d'immunité conjugale était par ailleurs présente dans d'autres pays européens, que ce soit dans la législation (en Allemagne et en Autriche, par exemple) ou dans le droit “ législatif-jurisprudentiel ” (en Angleterre; voir, *infra*, le § 7.2.1.).

2. ...impensable

On peut avancer l'hypothèse que le problème de la rétroactivité des jugements est demeuré longtemps impensé dans la dogmatique juridique car, au fond, ce problème était *impensable* dans le cadre du paradigme juridique moderne qui, malgré l'érosion du temps et les attaques récurrentes des différents mouvements antiformalistes, a structuré jusqu'à nos jours – et conditionne encore en partie – notre façon profonde de penser le droit.

De façon très synthétique, ce paradigme peut être présenté comme le résultat des prétentions rationalistes de la Raison juridique moderne et des tentatives des nouveaux souverains de réduire la complexité des sources du droit et de l'organisation du pouvoir qui caractérisait le Moyen âge⁶.

En ce qui concerne le système des *sources*, le réseau enchevêtré des “*auctoritates*” et des “*rationes*”, à la base de l'ordre juridique du *jus commune*, ne pouvait apparaître que comme le royaume du désordre et de l'insécurité pour une Raison juridique qui avait commencé à quitter le domaine traditionnel de la rhétorique pour se diriger vers les forteresses de la mathématique et de la géométrie. Ainsi, le principe régulateur hybride et à perspective multiple de l'espace juridique européen sera progressivement remplacé par une topologie euclidienne, caractérisée par la présence de plusieurs territoires autonomes organisés selon un système hiérarchisé de sources. Un nouveau “*nomos* de la terre” s'affirme autour d'un “seul axe”, l'Etat, conçu comme un “ordre territorial imperméable, spatialement clos sur lui-même”, qui partage avec d'autres unités politiques indépendantes l'espace juridique *interétatique* du *Jus publicum europaeum*⁷. Les métaphores de la *chaîne* – souvent utilisée dans les traités de droit du XVII^e et du XVIII^e siècle⁸ – et de la *pyramide*⁹ représentent parfaitement cette forme d'organisation des différents espaces juridiques (les Etats nations) à partir d'un foyer suprême de la normativité (le pouvoir législatif étatique), d'où découleraient, en cascade, toutes les autres sources subordonnées. Ce même dispositif régulateur de type moniste est également au cœur de la nouvelle conception du *pouvoir* où le concept moderne de souveraineté assure la présence d'un point de fuite unique qui permet de réduire *ad unitatem* la fragmentation de l'ordre politique féodal.

⁶ Pour un aperçu historique, voir A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 193 s. Voir aussi, pour la présentation du processus de formation du paradigme juridique moderne, M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, IV^e éd., Paris, Editions Montchretien, 1975.

⁷ C. Schmitt (1988), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus publicum Europaeum*, Paris, PUF, 2001, p. 126 s.

⁸ Voir, par exemple, J. Domat, “Préface au traité des lois”, in *Oeuvres complètes*, 1^{re} éd. in octavo, Paris, Louis Tenré, 1822, t. 1^{er}, p. XXIX.

⁹ La structure pyramidale de l'ordre juridique chez Kelsen est le signe le plus évident de la poursuite du projet moderne dans l'œuvre de cet auteur. Œuvre qui a marqué en profondeur l'imaginaire juridique du juriste du XX^e siècle dans les pays de *civil law*.

Historiquement, cette reconfiguration du système du pouvoir et des sources du droit est l'expression du processus de formation de l'Etat moderne et de la tentative de centraliser le pouvoir entre les mains du roi. Ce processus de concentration du pouvoir trouvera, ensuite, son aboutissement dans l'enceinte du Parlement, organe qui exprimait essentiellement – par le moyen de lois générales et abstraites – les intérêts et l'axiologie de la nouvelle classe dominante, la bourgeoisie. Sur le plan des *idées*, la suprématie juridico-politique de la législation est le résultat de la prédilection jusnaturaliste pour cette forme de production du droit (*rectius*, de “mise en ordre” des lois de la Raison naturelle). Déjà présente à partir du XVI^e siècle, dans le mépris humaniste à l'égard de l'obscurité et de la barbarie de la méthode casuistique de l'Ecole de Bologne, cette faveur pour la législation, exprimée sur un plan théorique par l'Ecole du droit rationnel, sera traduite en programme politique de réforme du droit par les philosophes et les juristes de l'époque des Lumières. En effet, la législation devait apparaître comme étant la technique juridique la plus proche de la nature des lois de la Raison et la plus conforme à la conception jusnaturaliste du droit comme un système organisé de façon arborescente à partir de quelques axiomes fondamentaux, simples et évidents.

La *mythologie* du contrat social et la fiction de la représentation politique offrent le ciment narratif nécessaire pour la légitimation de ce nouvel ordre politico-juridique à vocation *moniste*¹⁰.

Au cœur de ce processus de reconfiguration de l'imaginaire juridico-politique, la dichotomie *création/application* du droit semblait assurer un fondement épistémologique solide à l'édifice juridique moderne. Sans cette charpente logique, la pyramide du droit aurait été un géant aux pieds d'argile, facilement renversable dans son opposée, comme l'a montré la critique réaliste¹¹. L'épistémologie arborescente du paradigme requiert, en effet, un Auteur éminent du droit (le Législateur, le seul représentant légitime de la Nation ou du Peuple souverain) et une pluralité de branches et de rameaux (la chaîne de la juridiction et de l'administration publique) qui se borne à diffuser la sève normative dans l'environnement avoisinant. Ici, l'application du droit n'est pas (*ne doit pas être*) une activité créatrice. Admettre le contraire briserait la linéarité des relations causales et, par l'irruption du phénomène des “hiérarchies enchevêtrées”¹², introduirait *fatalement* le désordre et l'insécurité dans la géométrie euclidienne, censée structurer l'espace juridique moderne. En outre, l'équilibre délicat des pouvoirs à la base de la *politeia* moderne (fruit d'une longue lutte politique et

¹⁰ Voir, sur la racine mythique de la modernité juridique, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹¹ Cfr., notamment, M. Troper, “Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique”, in *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518 s.

¹² Voir, pour cette locution, D. Hofstadter (1979), *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une Guirlande Eternelle*, Paris, Inter-Editions, 1985, p. 799. Cet auteur définit ce phénomène, apparemment paradoxal, comme une “interaction entre des niveaux dans laquelle le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur et l'influence tout en étant lui-même en même temps déterminé par le niveau inférieur”.

sociale et fondée sur la suprématie du législateur et de la nouvelle classe dominante dont il est l'expression), ainsi que l'ordre discursif qui donne à ces pouvoirs leur légitimité¹³, seraient enfreints.

Cette dichotomie a entraîné une mutation sémantique fondamentale du mot “*interpretatio*”¹⁴. Dans le réseau du *jus commune*, ce terme désignait le *pouvoir* des docteurs et des juges de créer le droit en l'absence d'un *casus legis*, c'est-à-dire lorsque le cas n'était pas expressément décidé par la “*lex*” (à savoir, de manière synthétique, le *corpus juris* de Justinien, les ordonnances royales, les statuts communaux et la coutume). L'*interpretatio* était, donc, une véritable source du droit, même si de nature subsidiaire. Officiellement, en présence d'une *lex*, l'interprète ne pouvait pas faire jouer son pouvoir créateur (“*in claris non fit interpretatio*”). Cette répartition formelle de la compétence normative parmi ces deux typologies de sources ne doit toutefois pas faire penser à un espace juridique bien défini et hiérarchisé. En effet, étant donné la nature fondamentalement casuistique et fragmentaire des *leges* de l'époque¹⁵ et le fait que la “reconnaissance” d'un *casus legis* était une question interprétative sur laquelle devait, finalement, se prononcer l'interprète, il va de soi que les confins de la *lex* étaient flexibles et finissaient assez souvent par correspondre aux stratégies interprétatives des docteurs et des juges. D'où le paradoxe que la définition du champ de l'*interpretatio* – qui aurait dû être défini par la *lex* – finissait, en réalité, par être largement défini par l'interprète, c'est-à-dire par celui qui – au niveau des représentations officielles – aurait dû se limiter à constater et à respecter les frontières posées par la *lex*.

Une toute autre conception de l'interprétation est, au contraire, à la base du paradigme moderne. La prédilection jusnaturaliste pour la législation et les raisons politiques qui militaient en faveur de la suprématie de la loi ont fini par consacrer le divorce entre l'interprétation et le pouvoir. Le processus de “stérilisation politique”¹⁶ du contre-pouvoir de la magistrature – processus qui a vu dans l'idéologie de la codification et dans l'École de l'Exégèse sa cristallisation la plus

¹³ En ce qui concerne le pouvoir législatif, les mythologies du Législateur “rationnel” et du Législateur “représentant de la volonté générale” fondent, d'abord, le pouvoir de créer le droit sur le socle solide de la Raison – explicitée par les grands traités des juristes de l'École du droit rationnel – et, ensuite, sur la puissance rhétorique du principe démocratique. Quant au pouvoir juridictionnel, la métaphore du juge “bouche de la loi” et la fiction du syllogisme fondent le pouvoir des juges sur un savoir technique et construisent l'image du bon juge – fidèle à la volonté du législateur – qui a fini par être assimilée par la magistrature et, donc, par influencer en profondeur son travail quotidien.

¹⁴ Voir, à ce propos, les études fondamentales de G. Gorla, notamment l'essai “I precedenti storici dell'articolo 12 disp. prel. cod. civ.” (1969), in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 443 s.

¹⁵ La codification (et la mythologie y attenante) n'étaient pas encore présentes à tenter de donner corps à l'*hybris* de l'École du droit rationnel (dont le projet était de déduire toutes les lois de raison, générales et abstraites) et au projet politique du roi (qui envisageait un droit entièrement maîtrisé par le Souverain).

¹⁶ G. Tarello, “Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica”, in *Politica del diritto*, 1972, p. 461.

parfaite – s’est manifesté, sur le terrain de l’interprétation, à travers la conception de cette dernière comme une activité fondamentalement *cognitive*. Le savoir s’est ainsi substitué au pouvoir et l’interprétation a fini par se réduire au travail intellectuel et technique de l’application d’un Droit dont l’interprète a été, finalement, exproprié. L’interprète n’est plus le grand “tisseur” du réseau juridique qu’il était pendant la saison du *jus commune*, mais un simple verbalisateur d’un sens normatif qui lui vient d’en haut, moulé dans la lettre de la loi. Désormais, ce qui est demandé au juge n’est rien d’autre que de sortir ce droit de l’enceinte de l’écriture législative, afin qu’il puisse féconder la matière passive du fait. Ce dernier – suite à une autre coupure fondamentale opérée par la Raison moderne (la dichotomie *fait-droit*)¹⁷ – perd le caractère central qu’il a toujours eu dans le domaine juridique pour se réduire à une simple occasion offerte au droit de se manifester dans la réalité. Le droit cesse d’être perçu comme un processus intarissable et réticulaire dans lequel est absente l’idée d’une frontière nette qui sépare le(s) prétendu(s) Auteur(s) des simples destinataires du droit et où le fait joue un rôle fondamental de codétermination sémantique du droit. Ce dernier est devenu un *objet*, une donnée à partir de laquelle le domaine juridique se structure. Son espace coïncide avec la surface de ses textes officiels (au-delà desquels il n’y a que le précipice du *non-droit*) et son temps est scandé par les instants dans lesquels son Auteur – le Législateur – décide de créer *ex nihilo* cet objet normatif.

Cette représentation de l’interprétation comme une activité intellectuelle visant à dévoiler le sens normatif plus au moins caché dans le texte, s’accompagne d’une conception *binaire* des rapports entre le texte et l’interprète. Le jeu de l’application du droit se joue, désormais, entre deux pôles bien séparés: le *texte* de la norme et l’*esprit* de l’interprète. L’œuvre interprétative est conçue sous le signe du même *individualisme méthodique* qui caractérise le modèle du procès continental, dominé par l’action solitaire du juge d’instruction entièrement voué à la recherche d’une vérité qui ne sera soumise à l’épreuve du débat contradictoire qu’à la fin de l’enquête. La recherche de la vérité est devenue une activité fondamentalement “*a-lethique*”, de *dévoilement* d’un événement empirique passé, et non plus une activité dialogique de *reconstruction* du fait selon l’éthique procédurale du droit, comme elle l’était dans la tradition classique de l’*ars opponendi et respondendi*¹⁸. Dans l’application judiciaire du droit, le juge est

¹⁷ Pour ne donner qu’un exemple, le traité d’Althusius, la *Dicaelogique* (1649), s’ouvre avec la dichotomie fait-droit et se poursuit par une série d’autres distinctions organisées selon une structure arborescente empruntée à la “*Nova methodus*” du logicien Pierre de la Ramée (cette “méthode”, comme le rappelait M. Villey, *La formation, op. cit.*, p. 532, est une voie “d’accéder à la connaissance, ou d’exposer les connaissances, par ordre, procédant par une suite de dichotomies successives, des vérités universelles aux vérités particulières”). Sur le système d’Althusius, voir M. Villey, *ibidem*, p. 580 s. Quant à nous, nous nous sommes attachés à repenser les relations entre le fait et le droit, en dehors du carcan épistémologique moderne, dans l’essai “La bande de Möbius: un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit”, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 1997, p. 103 s

¹⁸ Cfr., à propos du passage de la conception classique de la preuve comme “*argumentum*” – qui était au cœur du modèle ancien du procès – à la conception moderne de la preuve comme

fondamentalement *seul* devant le texte. Ce dernier est censé abriter un droit déjà complet, coulé à l'intérieur de barrières littéraires érigées par le législateur à l'aide de l'œuvre de purification lexicale accomplie par la doctrine.

Equipé des instruments de la méthode juridique, le juge doit pénétrer les frontières du texte en vue de saisir la *voluntas legislatoris* (ou la *ratio legis*, comme elle sera ensuite redéfinie par les juristes dans leur œuvre de dépersonnalisation du droit). Pendant cette marche cognitive vers le sens de la loi, l'interprète peut se prévaloir – et normalement se prévautra – des interprétations passées de la même norme. N'étant pas de droit, toutefois, ces interprétations ne seront utilisées par l'interprète que pour accélérer son itinéraire de découverte. Dans son esprit, elles ne représentent, finalement, que les récits herméneutiques des voyages précédents qui peuvent l'aider à trouver la bonne direction pour avoir accès au foyer sémantique de la loi. Ces interprétations passées peuvent cependant aussi entraver la recherche du véritable sens du texte. Les interprètes précédents peuvent en effet avoir suivi de faux parcours qui les ont amenés loin des frontières réelles de la norme. Dans ce cas, la tâche de l'interprète est de reconnaître l'erreur herméneutique des interprétations antérieures et de leur substituer la lecture correcte de la norme.

Cette conception du droit amène l'interprète à avoir peu de respect pour les précédents, car ceux-ci ne participent pas de la nature "véritable" du droit. Ils ne sont que le reflet – correct ou déformé – de celui-ci. Cette attitude à l'égard des précédents est bien représentée par cet *obiter dictum* d'un arrêt récent de la Cour de cassation italienne: "il faut observer – même s'il s'agit d'une observation absolument évidente – que la décision des "Sezioni unite" [...] n'est pas loi, mais seulement une interprétation jurisprudentielle, bien que munie d'une grande autorité [*"autorevolissima"*, en italien]¹⁹. La référence à la nature, "absolument évidente", de simple "interprétation jurisprudentielle" – nature qui rend incommensurables le jugement et la loi (c'est-à-dire le jugement qui se limite à dire le droit et "Le" droit) – permet au juge de s'écarter (*in malam partem*, avec effet – évidemment – rétroactif) d'une décision rendue, en matière pénale, seulement deux années auparavant par l'organe chargé d'assurer une certaine uniformité dans l'interprétation de la loi. Et cela sans que l'on puisse avancer – à l'encontre de ce jugement – le moindre soupçon d'avoir violé le "droit". Un tel soupçon est exclu par le paradigme lui-même.

Ce bref détour par les fondements théoriques du paradigme juridique de la modernité nous permet de mieux comprendre, maintenant, l'affirmation par laquelle nous avons ouvert ce paragraphe, à savoir le caractère impensable du phénomène de la rétroactivité des jugements, notamment pénaux. En effet, l'on peut soutenir que, dans le champ juridique constitué par "notre" paradigme officiel, cette "réalité" ne pouvait être perçue, car elle n'était pas concevable comme modalité admissible du champ. Les effets dans le temps des décisions des

"*experimentum*", A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961.

¹⁹ Cass. sez. III, 9.1.1989, Bisceglia, in *Il Foro italiano*, 1989, II, c. 297 s. (c'est nous qui soulignons).

juges n'étaient pas un problème pour la communauté scientifique car, tout simplement, le "temps" du droit pénal ne pouvait être scandé que par l'horloge du législateur. La création et le changement du droit pénal étant monopolisés par le performatif de ce dernier, la tâche du juge ne pouvait consister que dans la réception de cette temporalité imposée par le haut. Le "temps" du jugement ne pouvait pas affecter le Droit: il devait se borner à réglementer le rythme de son application. En d'autres termes, étant donné l'équivalence "droit pénal = loi", le phénomène de la rétroactivité du droit pénal jurisprudentiel ne pouvait pas exister et, *donc*, n'existait pas.

Pour qu'il soit possible de penser véritablement le problème de la rétroactivité de la jurisprudence, il faut préalablement reconnaître le caractère *physiologique* de la création judiciaire du droit pénal. Sans cette admission, la production jurisprudentielle du droit continue à ne pouvoir être perçue autrement que comme une *pathologie* contingente du système dont il faut détecter et désamorcer les causes. Or, d'après les règles constitutives du paradigme, ces causes sont fondamentalement de deux ordres: a) l'imperfection de l'écriture de la loi, qui doit être déclarée inconstitutionnelle pour violation du principe de la légalité (*rectius*: de "stricte légalité"); b) l'extension analogique de la loi par les juges (opération qui, à cause de sa contrariété à l'égard du principe de la légalité, doit être effacée par le juge supérieur). Si le système respecte les règles du paradigme, la pathologie du droit pénal jurisprudentiel ne pourra qu'être soignée et toute rétroactivité des décisions juridictionnelles se trouvera empêchée. Dans la perspective du paradigme officiel, le seul phénomène pensable, et donc visible, est, finalement, celui de la succession des *lois* pénales. Par conséquent, le seul problème qui doit être abordé par la communauté des juristes est l'interdiction de la rétroactivité de la "loi" *in malam partem*, c'est-à-dire la paralysie de l'effet *ex tunc* du seul "revirement" défavorable du *droit* qui puisse être imaginé.

La force des formes du paradigme moderne est bien illustrée par un essai de jeunesse publié, en 1933, par le grand juriste italien Walter Bigiavi, consacré au droit judiciaire. En analysant le système de *common law* – donc un système de droit jurisprudentiel par excellence – Bigiavi dénonçait "l'iniquité manifeste"²⁰ de la théorie déclarative classique qui finissait par légitimer l'effet rétroactif du revirement de jurisprudence. En effet, d'après la théorie orthodoxe – qui, à l'époque à laquelle Bigiavi écrivait, était, nous dit-il, encore "entourée d'un grand respect" par les tribunaux²¹ – la rétroactivité du droit ne serait qu'*apparente*, car la nouvelle décision se bornerait, *en réalité*, à dévoiler un droit qui était déjà présent dans la *common law*, mais que les jugements précédents n'avaient pas réussi à saisir jusqu'alors. Le juriste italien voyait bien derrière la fiction de Blackstone, la réalité de la création jurisprudentielle du droit anglo-américain et, par conséquent, l'effet *ex tunc* de l'*overruling*. Toutefois, et voilà se manifester la *vis formae* du paradigme, même s'il estimait injuste l'effet rétroactif des revirements, il concluait son analyse en affirmant que l'*overruling* doit "*nécessairement* avoir un

²⁰ W. Bigiavi, *Appunti sul Diritto giudiziario* (1933), réédité dans la collection "I classici di Contratto e impresa" dirigée par F. Galgano, Padova, Cedam, 1989, p. 146.

²¹ *Ibidem*, p. 145.

effet rétroactif²². Il tirait cette conclusion en partant de la prémisse qu'il existerait une différence essentielle entre la création de la norme par le juge et par le législateur. Dans la première hypothèse, la norme est *d'abord* solennellement énoncée et *ensuite* appliquée, tandis que dans le second cas de figure la norme est créée et énoncée à *travers* son application. Par conséquent, dans un système de *judge made law* la "nouvelle norme – au moins pour le cas dans lequel elle surgit – est *nécessairement rétroactive*, car elle s'applique à un cas qui s'est vérifié sous l'empire d'un précédent supprimé seulement après la décision". Or, poursuit-il, si l'*overruling* a un effet "nécessairement" rétroactif dans ce premier cas, "il n'y a vraiment aucune raison [...] de limiter une telle rétroactivité à celui-ci"²³. Cette rétroactivité "inéluçtable" (pour une "*raison technique*") de la norme créée par le juge serait un bon exemple de "l'infériorité de la *case-law* par rapport à la *statute law*"²⁴.

Après avoir illustré "les graves inconvénients du système des précédents", Bigiavi examine rapidement la technique du "*prospective overruling*", proposée par certains réalistes américains de l'époque²⁵ afin d'éviter les effets pervers de la rétroactivité des revirements. Grâce à ce mécanisme, le juge peut décider d'appliquer la nouvelle décision aux seuls cas futurs, respectant ainsi la confiance légitime des citoyens. Les prétendus défauts du système anglo-américain ne seraient donc pas, pour des juristes antiformalistes comme Llewellyn, "nécessaires et inévitables". Toutefois, précise Bigiavi, cet outil – que nul n'empêcherait, par ailleurs, le législateur anglais d'adopter – ferait sortir la production du droit par les juges "du véritable droit judiciaire". L'attribution à la jurisprudence d'une temporalité identique à celle du législateur déterminerait la création d'une "catégorie de jugements très proches aux *arrêts de règlement* français". Ce qui ferait de la jurisprudence "une véritable *subordinate legislation*". Pour ces raisons, il faut donc "*nécessairement conclure*", dit-il, que la rétroactivité des jugements est "un défaut *non éliminable* du système"²⁶.

Dans la démarche de Bigiavi l'effet constitutif des formes du paradigme est évident. Même si le jeune juriste refuse la théorie déclarative de la *common law*, il reste lié à l'effet de réalité produit par la dichotomie moderne "législation-juridiction". Il y aurait une "nature" de la juridiction, composée de différents facteurs, parmi lesquels la présence d'un régime temporel typique qui – dans les systèmes de *judge made law* – entraîne l'inévitable rétroactivité du droit qu'il a produit.

²² *Ibidem*, p. 154.

²³ *Ibidem*, p. 157.

²⁴ *Ibidem*, p. 158. Bigiavi ajoute que "tous" les auteurs – et il mentionne notamment Bentham – partagent cette opinion.

²⁵ Bigiavi cite le livre de Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, publié en allemand dans la même année (1933), où ce juriste propose, à la p. 48, le *prospective overruling*. Voir, à propos de cette technique, U. Mattei, *Common law. Il diritto anglo-americano*, in *Trattato di diritto comparato*, sous la dir. de R. Sacco, Torino, UTET, 1992, p. 242 s.

²⁶ W. Bigiavi, *Appunti*, *op. cit.*, pp. 161 et 163 (c'est nous qui soulignons).

Le paradigme adopté par le juriste moderne, “pose” une réalité (la dichotomie droit législatif – droit judiciaire) qui, émancipée du paradigme (*réifiée*), s’oppose au même juriste qui l’a posée. La réalité *créée* par le performatif du juriste se transforme en *donnée* que ce même juriste *ne peut que subir*. La rétroactivité devient ainsi un “défaut inévitable du système”, un phénomène externe imposé par la “chose-droit” ou, pour utiliser les mots de Bigiavi, par “le véritable droit judiciaire”. Le juriste se trouve ainsi paradoxalement lié – *objectivement* lié – par une “chose” que lui même a créée. En réalité, la dichotomie “droit législatif – droit judiciaire” n’est pas dans les choses, mais bien dans les mots qui les ont créées suite à la rupture épistémologique et aux changements de l’ordre socio-politique réalisés au cours de la modernité juridique.

3. *Excursus: l’effet du paradigme sur le problème de la rétroactivité de la loi interprétative*

La dichotomie moderne “création-application” du droit engendre la distinction *qualitative* entre “législation de création” (qui est l’essence du pouvoir du législateur) et “législation d’interprétation”, dite *authentique* par la doctrine en raison du fait que l’interprétation provient ici de l’auteur même du texte. Il est évident que cette distinction, prétendument fondée sur des raisons théoriques, entraîne de lourdes conséquences pratiques sur le terrain du droit pénal, car elle finit par masquer l’effet rétroactif d’une loi *in malam partem*, qui est qualifiée par son auteur (et reconnue par l’interprète) comme étant *seulement* interprétative.

Le passage d’un ouvrage de M. Spasari, consacré au “*Droit pénal et constitution*”, nous permet d’apprendre qu’en 1966 – date de la publication du livre – il n’y avait pas de doute quant à la “nature” de la loi interprétative et quant à son effet rétroactif seulement “apparent”. Il déclare adhérer à l’“opinion absolument non contestée, confirmée d’ailleurs par la *nature* du processus interprétatif, selon laquelle la loi interprétative n’a d’autre fonction que celle d’*éclairer* le texte d’une loi précédente”. Cette conception du travail herméneutique l’autorise à conclure que l’interprétation authentique, “même défavorable à l’accusé”, n’est pas contraire à l’article 25 de la Constitution italienne qui établit le principe *nullum crimen sine lege*. En effet, poursuit-il, elle est “*apparemment* rétroactive”, mais “en réalité elle est *descriptive* de la norme déjà en vigueur au moment du fait”. Dans cette perspective, la tâche principale du juge, aidé par la doctrine, consiste à exercer un “contrôle attentif de la norme afin de vérifier son caractère *réel*”²⁷. Si la loi ne se limite pas à énoncer un sens qui était déjà présent dans la norme interprétée, mais élargit la lettre du texte, la loi doit être déclarée inconstitutionnelle pour violation du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale défavorable²⁸.

²⁷ M. Spasari, *Diritto penale e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 45 (c’est nous qui soulignons).

²⁸ C. Esposito, “Irretroattività”, *op. cit.*, p. 507, attribuée à la Cour constitutionnelle la tâche de vérifier si l’interprétation du législateur est “*exacte* ou non”, c’est-à-dire si la loi interprétative “sous le couvert de l’interprétation ou l’opinion *erronée* d’être interprétative, crée rétroactivement des délits et des peines” (c’est nous qui soulignons).

Or, bien que “la doctrine la plus moderne” tende à reconnaître “à la loi d’interprétation authentique un caractère toujours et nécessairement créatif”²⁹, la catégorie de la loi interprétative-déclarative n’a pas disparu du discours pénal officiel. Au contraire, elle conditionne encore profondément la façon d’aborder le problème de la rétroactivité d’une loi qui se présente comme interprétative. Une édition récente d’un important manuel de droit pénal nie ainsi le phénomène de la “succession de lois en cas d’interprétation authentique, c’est-à-dire de loi qui clarifie avec effet *ex tunc* le sens d’une loi précédente”. Donc, si la loi est “seulement *interprétative*” – ce qui signifie qu’elle “impose une interprétation parmi les interprétations possibles” qui peuvent être déduites “de la lettre de la loi interprétée” – la rétroactivité du droit est “seulement apparente” car elle est “déclarative d’une norme déjà en vigueur au moment du fait”³⁰.

La même perspective théorique est à la base de deux récents jugements de la Cour de cassation qui, en reconnaissant la nature de loi interprétative à l’article 14.4 de la loi du 24 décembre 1993, n° 537, ont fini par avaliser l’effet rétroactif *in malam partem* de cette norme³¹. La *quaestio* interprétative concernait la nécessité ou non de soumettre au régime fiscal les gains provenant d’infractions pénales. Avant la loi de 1993 – qui répondait par l’affirmative, en précisant que les différents revenus prévus par le *d.p.r.* 917/1986 se réfèrent aussi aux revenus illicites – la jurisprudence “granitique”³² (confirmée, sur le fond, par un arrêt qui venait juste d’être prononcé par les *Sezioni Unite* de la Cour de cassation³³) était, au contraire, de l’avis opposé, favorable à l’accusé.

En présence de ce changement du droit pénal *in malam partem*, se posait la question de savoir si la loi de 1993 pouvait être appliquée aussi aux faits vérifiés avant sa publication et si, en cas de réponse affirmative, cette application ne violait pas le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. La Cour de cassation répond, toutefois, que la “question n’est pas bien posée”, car dans ce cas “il ne s’agit pas tant d’appliquer rétroactivement la loi interprétative (de 1993), que

²⁹ Ainsi, A. Pugiotto, “La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica”, in *Studium Juris*, 1997, p. 65, auquel nous renvoyons pour les références bibliographiques et, notamment, pour l’analyse de la jurisprudence constitutionnelle sur le sujet.

³⁰ F. Mantovani, *Diritto penale, op. cit.*, p. 89. Egalement, F. Ramacci, *Corso di diritto penale, op. cit.*, p. 139 s. et M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I (art. 1-84), Milano, Giuffrè, 1987, p. 44, soutient que la loi d’interprétation authentique n’est pas rétroactive, car – si elle est “réellement” interprétative – elle est “seulement récongnitive du sens *originaire* de la loi interprétée”. En sens contraire, voir, toutefois, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, op. cit.*, pp. 123-124, qui considère la loi interprétative comme un “acte normatif autonome” auquel il faut appliquer les principes qui règlent le phénomène du droit pénal intertemporel.

³¹ Cass. sez. III, 20.3.1996, Stefanelli, in *Il fisco*, 1996, n. 35, p. 8494 s. et Cass. sez. III, 6.5.1997, Scicolone, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1189 s.

³² Suivant les termes d’A. Pugiotto, dans un commentaire critique sur le second arrêt de la Cour de Cassation, “L’irresistibile “*ultrattività*” della legge interpretata autenticamente”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1196. La même remarque (“jurisprudence non contestée en faveur de l’accusé et avalisée par la doctrine majoritaire”) est faite par A. Perini, dans un commentaire sur le premier jugement, in *Il fisco*, 1996, n. 35, p. 8506.

³³ Cass. S. U. 12.11.1993, n. 2798, in *Il fisco*, 1994, n. 13, p. 3431 s.

d'appliquer *correctement* la loi interprétée³⁴. Suivant la Cour, le législateur n'aurait pas "modifié ni intégré" le d.p.r. 917/1986, mais – en se "basant sur la teneur littérale de la norme" – se serait borné à choisir une "exégèse déjà présente dans la discipline préexistante"³⁵. La conséquence est présentée comme la conclusion d'un syllogisme: "l'interprétation authentique du législateur est applicable même si elle est moins favorable au prévenu qu'une interprétation jurisprudentielle précédente"³⁶.

4. *Intensification des anomalies du paradigme...*

Au cours de ces dernières années, une partie de la communauté des pénalistes italiens a commencé à percevoir le phénomène des effets dans le temps des décisions judiciaires. Cette prise de conscience, de caractère encore embryonnaire, est la conséquence inévitable d'un autre phénomène qui, à cette époque de modernité tardive, attire l'attention d'un nombre croissant de juristes: le *droit pénal jurisprudentiel*³⁷.

Cette réalité "déviant" vis-à-vis du cadre conceptuel du paradigme officiel a acquis une visibilité toujours plus grande dans le champ pénal. Considérée encore, par la plupart des juristes, comme une pathologie qu'il faut éliminer ou, faute de mieux, marginaliser le plus possible, la visibilité accrue de la codétermination

³⁴ Cass. sez. III, 6.5.1997, Scicolone, *cit.*, p. 1193 (c'est nous qui soulignons).

³⁵ Cass. sez. III, 20.3.1996, Stefanelli, *cit.*, pp. 8503, 8502, 8504.

³⁶ Cass. sez. III, 6.5.1997, Scicolone, *cit.*, *ibidem*. Ecartant l'argument de la violation du principe de la non-rétroactivité par une loi interprétative qui élargit le "champ" pénal de la norme établi par la jurisprudence, les deux décisions abordent la même question substantielle de la protection des droits de l'accusé sous l'angle de l'article 5 du Code pénal – qui prévoit le principe classique de *l'ignorantia legis non excusat* – dans la lecture qui en a été donnée, en 1988, par la Cour constitutionnelle (voir *infra*, § 5). Même dans cette perspective les deux arrêts concluent néanmoins – par une motivation fragile et ambiguë – que la loi de 1993 n'a pas porté atteinte à la confiance légitime de l'accusé et que, partant, les recours doivent être rejetés. La fragilité de cette motivation est mise en évidence dans une décision d'un juge du fond qui, en faisant référence au même argument tiré de l'article 5 du Code pénal, a conclu à l'acquittement du prévenu du chef d'erreur excusable (Trib. Napoli, 12.3.1997, Papa, in *Foro italiano*, 1997, II, c. 607 s.).

³⁷ Voir, notamment, avec des évaluations différentes de ce phénomène, A. Gamberini – G. Insolera – N. Mazzacupa – L. Stortoni – M. Zanotti, "Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale", in *Foro italiano*, 1987, V, c. 433 s.; G. Contento, "Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale", in *Foro italiano*, 1988, V, c. 484 s.; L. Stortoni (éd.), "Il diritto penale giurisprudenziale", in *Dei delitti e delle pene*, 1991, p. 9 s.; A. M. Stile (éd.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, Jovene, 1991, p. 9 s.; M. Nobili, "Principio di legalità, processo, diritto sostanziale" (1995), in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 181 s.; E. Grande, "Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?", in *Politica del diritto*, 1996, p. 469 s.; G. Fiandaca (éd.), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 1997; A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 1999; T. Padovani, "Il crepuscolo della legalità nel processo penale", in *Indice penale*, 1999, p. 527 s. et F. Giunta, "La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria", in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, *Diritto penale*, Milano Giuffrè, 2000, p. 63 s.

sémantique du droit pénal législatif par le droit judiciaire est le résultat d'un faisceau de causes d'ordre théorique et factuel.

Sur le plan théorique, la sensibilité à la réalité du droit pénal jurisprudentiel est due, notamment, à la crise aiguë de la dichotomie moderne "création-application" du droit. Les acquis des théories plus récentes de l'interprétation, visant à montrer le rôle de métabolisation nécessaire du sens du texte par l'interprète, ne pouvaient plus rester hors de l'enceinte de la citadelle pénale. Le refoulement du rôle créateur du juge, processus imposé par l'adhésion inconsciente du juriste à la mythologie juridique moderne, devait fatalement susciter la névrose des pénalistes qui commençaient à s'intéresser sérieusement aux résultats – de plus en plus consensuels – de la théorie juridique contemporaine. La scission existentielle entre l'identité du pénaliste – qui, sous la pression de la force du paradigme, *devait* nier le rôle créateur du juge – et l'identité du juriste ouvert à la littérature théorique, devait forcément – tôt ou tard – se recomposer à l'avantage de la seconde identité.

Cette recombinaison de l'identité du pénaliste a été facilitée par l'intensification et l'accélération du processus de complexification du champ pénal contemporain. La réalité du droit pénal jurisprudentiel – toujours existante – est restée longtemps dissimulée à cause aussi de la faible visibilité que ce phénomène a eue jusqu'à un certain moment. En effet, dans une société plus stable et plus simple que celle d'aujourd'hui, caractérisée par la présence d'une communauté juridique relativement homogène et par le partage – de la part des juges et du législateur – d'un cadre de valeurs fondamentalement unitaire, l'écriture judiciaire du droit était forcément moins visible.

En général, l'élargissement des marges de production jurisprudentielle du droit est directement proportionnel à l'accélération du temps social (qui augmente le taux d'obsolescence du droit et fait fatalement appel à l'œuvre de "mises à jour" judiciaires de celui-ci), au pluralisme axiologique de la société et de la communauté des juristes et à la complexité de l'objet du droit pénal. Il est évident que l'accroissement de la complexité de ce dernier (résultat du progrès technique et scientifique, mais aussi de l'intensification des requêtes adressées au droit afin qu'il prenne en compte le plus grand nombre de nuances de l'objet de sa régulation) ainsi que l'extension du domaine du droit pénal (qui colonise des matières toujours plus rétives à être traitées par la logique binaire et simplificatrice du pénal) rendent sans cesse plus difficile la réglementation de cet objet et de ce domaine entièrement *à priori*, à l'échelle générale et abstraite de la loi. En outre, les dissensions sur les valeurs, qui fragmentent la société contemporaine et, notamment, la communauté juridique, mettent en lumière la contribution de l'écriture judiciaire dans l'œuvre pluraliste de formation du droit, contribution qui pouvait rester largement cachée en raison de la convergence axiologique entre la magistrature et le pouvoir politique dominant. L'ouverture – à partir de la seconde moitié des années soixante – de la corporation des magistrats italiens à des sujets appartenant à d'autres milieux sociaux et/ou exprimant d'autres valeurs concurrentes, a introduit un facteur de diffraction normative destiné à devenir toujours plus puissant, dans le corps – qui se prétendait unitaire – du droit moderne. Le résultat de tous ces facteurs convergents a été, en Italie, l'augmentation progressive des conflits de jurisprudence au sein des six chambres de la Cour de cassation.

Suite à ces mutations, le phénomène des effets dans le temps de la jurisprudence ne pouvait qu'être *pensé* et *perçu* aussi par le pénaliste. Il devenait, d'un côté, (théoriquement) pensable et, donc, perceptible. De l'autre, il devenait (pratiquement) *plus* perceptible et, donc, pensable.

5. ... et "hypothèses ad hoc"

Suite à l'intensification des anomalies liées au phénomène du droit pénal jurisprudentiel, une partie minoritaire de la communauté des pénalistes commence à se poser sérieusement la question de la protection des droits de l'accusé tant en présence d'un conflit de jurisprudence au moment du *commissi delicti* que lors d'un revirement de jurisprudence *in malam partem* successif au fait reproché³⁸.

Avant de présenter les réponses concrètement avancées pour résoudre ce problème, on peut d'abord s'interroger sur la manière dont la communauté juridique est susceptible de faire face à un phénomène "nouveau" qui met en cause le paradigme officiel. Pour répondre à cette question, l'analyse que Th. Kuhn a fait de la dynamique des révolutions scientifiques est précieuse. D'après cette célèbre étude, en présence de phénomènes inédits qui ne peuvent être expliqués ou prévus dans le cadre théorique du paradigme en vigueur, la communauté scientifique, avant de mettre en cause ce paradigme, essaie de résoudre ces anomalies par ses lois internes, en apportant des intégrations *ad hoc* de la théorie. C'est seulement dans un deuxième temps que – suite à l'intensification des dissociations entre la théorie et la réalité et au fait que par l'augmentation des hypothèses *ad hoc* le paradigme devient de plus en plus compliqué et non maîtrisable – une partie de la communauté commence à ouvrir de nouvelles pistes de recherche et à élaborer des théories alternatives. Cette activité fiévreuse de recherche (qui caractérise la phase de la science dite "extraordinaire") précède la formation d'un nouveau paradigme qui inaugurerait une nouvelle période consensuelle de "science normale".

³⁸ M. Romano, *Commentario, op. cit.*, p. 44, en adhérant à l'opinion d'une partie de la doctrine allemande (ce qui permet facilement de dégager, *a contrario*, l'absence de réflexion sur ce problème dans la doctrine italienne de l'époque), note qu'un revirement de jurisprudence défavorable "peut s'avérer plus dangereux" qu'une légère modification législative. Ce même souci de protection de la confiance du citoyen dans le cas d'un revirement de jurisprudence sera ensuite partagé par un juge de la Cour de Cassation, F. Roselli, "Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici, in *Scintillae juris. Studi in memoria di Gino Gorla*, t. I, Milano, Giuffrè, 1994, p. 336 s., qui souligne que le problème de la sauvegarde des attentes légitimes de l'individu est encore "plus grave [...] dans la jurisprudence pénale" (p. 341).

Une démarche semblable a été suivie par la communauté juridique dans le cas qui nous intéresse. La perception – de la part d’une frange de la doctrine et de la jurisprudence – du problème de la protection de la confiance légitime en présence d’un changement ou d’un conflit synchronique de jurisprudence a suscité, dans un premier temps, une réponse *ad hoc*, interne au cadre conceptuel du paradigme. Ce n’est qu’ultérieurement que quelques représentants de la communauté ont commencé, plus au moins discrètement, à qualifier le problème à travers une catégorie externe au paradigme (“la succession du *droit pénal* jurisprudentiel”) et à avancer des solutions juridiques cohérentes avec cette nouvelle catégorisation³⁹.

On peut présenter la première position en suivant la démarche de M. Romano qui, à notre connaissance, est le premier pénaliste italien qui, en écoutant les sollicitations de la doctrine allemande, s’est posé explicitement – et dans le contexte d’une analyse du droit pénal italien – la question de la protection des droits de l’accusé suite à un changement *in peius* de la jurisprudence.

Dans son *Commentario sistematico del codice penale*⁴⁰, il consacre deux courts paragraphes (en tout moins d’une page) à ce thème. Une fois posée la *quaestio*, il commence l’œuvre de catégorisation. Il se demande, tout d’abord, si le principe de la non-rétroactivité, conçu pour tempérer le pouvoir du législateur sur le temps, s’impose aussi au juge. La réponse, nette, est négative, car l’alinéa 2 de l’article 25 de la Constitution (qui établit le principe *nullum crimen sine lege*) fait référence à l’entrée en vigueur de la *loi* pour déterminer le moment à partir duquel la nouvelle incrimination ne peut rétroagir⁴¹. La Constitution – en parfaite

³⁹ C’est le cas, notamment, de S. Riondato, “Retroattività”, *op. cit.*, p. 252 s. et d’A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, *op. cit.*, p. 320. Ce dernier soutient que “ne relève pas de la pure imagination la proposition d’élargir l’opérativité des règles de l’article 2 du Code pénal [la norme qui discipline la succession de la *loi* dans le temps] aux changements jurisprudentiels eux-mêmes” (l’auteur reconnaît toutefois que, “*de jure condito*” la “seule route praticable” est celle de l’article 5 du Code pénal, qui – comme on le verra – fixe le principe de l’*ignorantia legis*). Voir aussi, pour une allusion à la violation du principe de la non-rétroactivité suite à un *overruling in malam partem*, S. Del Corso, “Successione di leggi penali”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XIV, Torino, UTET, 1999, p. 112 et A. Melchionda, “I labili confini di rilevanza penale dell’irregolare tenuta delle scritture contabili”, in *Indice penale*, 1999, p. 266. En ce qui concerne le “droit des manuels”, voir G. Fiandaca et E. Musco, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 364, qui – même s’ils abordent, conformément aux catégories du paradigme, le problème du revirement dans le cadre de l’article 5 du Code pénal – ont soin, toutefois, de souligner que, lorsqu’il y a un “changement imprévu de jurisprudence” qui crée *de facto* “l’infraction, en analogie à ce qui arrive quand c’est le législateur qui introduit dans l’ordre juridique une nouvelle incrimination”, ce qui en résulte “dans la substance violée [...] c’est l’interdiction de la “non-rétroactivité” des incriminations”. Et en effet, “celle-ci est la raison, avant même l’absence de responsabilité, qui justifie l’impunité de celui qui agit dans la conviction qu’un certain comportement ne constitue pas une infraction, en faisant confiance à la jurisprudence antérieure” (*n.b.*: les extraits cités étaient déjà présents dans l’édition de 1995, pp. 355-356).

⁴⁰ M. Romano, *Commentario*, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁴¹ La même conclusion est soutenue par F. Mantovani, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 89, d’après lequel – outre l’argument tiré des articles 25 de la Constitution et 2 du Code pénal qui parlent de “loi” – l’impossibilité d’étendre les principes qui régissent la succession des lois découle aussi du fait que, si la thèse inverse était soutenue, “la stabilité de la chose jugée, qui fixe la condamnation, finirait par dépendre des interprétations jurisprudentielles fluctuantes”.

conformité avec le cadre conceptuel du paradigme, qui confie au législateur le monopole absolu de l'incrimination – ne ferait pas référence à la loi *interprétée*, “*in action*”, mais seulement à la loi *in abstracto*, figée dans l'instant de sa publication au Journal officiel.

Cette conclusion ne peut toutefois effacer – et l'auteur en est conscient – les conséquences négatives, pour les droits de l'individu que l'*overruling* jurisprudentiel engendre. Partant, dans le paragraphe suivant – rédigé de manière significative en caractères plus petits – M. Romano s'attache à repérer, à l'intérieur du système, un “remède” au changement de la jurisprudence défavorable à l'accusé. Il propose deux solutions. La première, typique du paradigme, est de nature préventive: elle consiste à élaborer des “techniques normatives finalisées à la recherche d'une clarté expressive majeure”, afin de “réduire l'ampleur du problème”. C'est la stratégie de la “thérapie lexicale”, traditionnellement recommandée par le principe de “stricte légalité” (“*tassatività della fattispecie incriminatrice*”). Stratégie qui, selon la répartition des rôles prévue par le paradigme, doit absorber les meilleures énergies de la doctrine. La seconde fait référence à la “thématique de l'article 5 du Code pénal et de l'ignorance de la loi pénale”. Le passage brute à une “interprétation nouvelle et plus rigoureuse de la même loi pénale pourrait être “amorti” par le système à travers l'utilisation d'une ou plusieurs *causes subjectives d'exclusion ou d'atténuation de la responsabilité*”⁴².

Cette dernière piste avait été explorée, depuis longtemps et de façon embryonnaire, par la célèbre jurisprudence relative à la “*buona fede nelle contravvenzioni*”. Il s'agit d'une solution pragmatique, ayant pour but de tempérer la rigueur du principe classique de l'*ignorantia legis non excusat*, prévu à l'article 5 du Code pénal (“*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*”). D'après cette jurisprudence, “la supposition erronée d'agir licitement, lorsqu'elle était fondée sur un “fait positif” de l'autorité (un avis, un précédent, etc.) et qu'elle concernait la catégorie des infractions pénales les moins graves (les “*contravvenzioni*”), pouvait exclure la responsabilité”⁴³. Grâce à ce droit prétorien, le juge pouvait exclure la responsabilité d'une personne quand celle-ci avait été précédemment acquittée pour un fait identique ou lorsqu'il y avait des décisions absolutoires relatives à d'autres personnes pour les mêmes faits⁴⁴.

Malgré certains effets positifs sur le plan de l'équité, ce *jus honorarium* ne pouvait que poser des problèmes sérieux pour la géométrie interne du système pénal. Tout d'abord, la teneur littéraire très stricte de l'article 5 du Code pénal

⁴² M. Romano, *Commentario, op. cit.*, p. 45.

⁴³ F. Palazzo, “Ignoranza della legge penale”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VI, Torino, UTET, 1992, p. 127. Voir, *amplius*, sur cette jurisprudence, G. Fornasari, “Buona fede e delitti: limiti normativi dell'articolo 5 c.p. e criteri di concretizzazione”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 449 s.

⁴⁴ Voir, par exemple, l'arrêt commenté par G. Lozzi, “Il problema della buona fede determinata da un'errata pronuncia giurisprudenziale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, p. 804 s. Il est clair que le présupposé, explicite ou implicite, de cette jurisprudence est le caractère *erroné* des décisions absolutoires précédentes, car le juge qui disait que ces décisions étaient correctes et la sienne fautive tomberait fatalement dans une contradiction performative.

paraissait s'opposer à toute tentative d'infléchir équitablement la rigueur de l'*error juris*. Ensuite, la limitation de cette jurisprudence au domaine des contraventions⁴⁵ et au "fait positif" de l'autorité – qui s'explique, psychologiquement, par l'attitude prudente des juges, conscients d'agir sur un terrain aux marges de la légalité formelle – pouvait difficilement se justifier à la lumière de la "logique" juridique.

Il a fallu attendre le jugement historique de la Cour constitutionnelle pour abattre, en 1988, l'obstacle normatif qui empêchait de parcourir pleinement la voie de l'*error juris*. Par cet arrêt, la Cour a déclaré l'article 5 du Code pénal inconstitutionnel "dans la partie où cet article n'exclut pas l'ignorance inévitable du caractère inexcusable de l'ignorance de la loi pénale"⁴⁶. Grâce à cette décision, l'accusé peut donc, désormais, échapper à la condamnation s'il montre que son ignorance de la loi pénale a été "inévitabile". Mais quand peut-on dire que l'erreur se présente avec ce caractère? La Cour suggère certains critères dont un nous intéresse tout particulièrement. Il s'agit de l'existence d'une "attitude interprétative des organes judiciaires gravement chaotique" (§ 27) au moment de l'infraction.

En analysant ce jugement, un auteur de doctrine a tout de suite repéré, dans ce passage de la motivation, un moyen efficace pour donner une réponse pragmatique à certains problèmes engendrés par le droit pénal jurisprudentiel⁴⁷. Grâce aussi à sa connaissance du droit américain⁴⁸, cet auteur note que la relecture

⁴⁵ Les applications de la catégorie de la "bonne foi" aux délits sont très rares. Voir, par exemple, l'arrêt du Trib. Milano, 12.2.1986, Massoni, commenté par G. Fornasari, "Buona fede", *op. cit.*, p. 449 s.

⁴⁶ C. const. 24.3.1988, n. 364, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 1504 s. (le dispositif de l'arrêt en italien est celui-ci: "La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile").

⁴⁷ E. Grande, "La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di "common law": alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto", in *Foro italiano*, I, 1990, c. 415 s.

⁴⁸ La fonction épistémologique du détour par la comparaison juridique est ici évidente. La perspective américaine aide le juriste continental à penser autrement, à percevoir des phénomènes et des problèmes cachés ou refoulés par le paradigme officiel. Aux Etats-Unis, comme le rappelle E. Grande dans l'article cité, le problème de la protection des droits de l'individu, face à un *overruling* défavorable, est abordé, depuis longtemps, par la fiction du *mistake of law*. Bien que le droit américain connaisse le *prospective overruling* (qui, comme on l'a déjà évoqué, permettrait d'endiguer l'effet rétroactif du revirement) la jurisprudence américaine a, jusqu'à maintenant, refusé d'employer cet outil dans le champ pénal. Cette attitude peut s'expliquer par la volonté du juge américain de ne pas explicitement dévoiler sa fonction effective de co-écrivain du droit pénal, ce qui l'obligerait à redéfinir le contenu de son rôle institutionnel et pourrait affaiblir la légitimité de son pouvoir. En toute hypothèse, la nature fictive du recours au concept du *mistake of law* n'est pas moins manifeste. En effet, les juges américains ne s'attachent pas à chercher la bonne foi réelle de l'accusé, c'est-à-dire la connaissance effective du précédent *overruled*. Au contraire, la bonne foi de celui-ci est présumée par le simple fait du revirement. De cette utilisation de la catégorie du *mistake of law* faite par les tribunaux américains on peut inférer que "l'égalisation sur le plan opérationnel de la norme législative et de l'interprétation jurisprudentielle en tant que sources du droit pénal est évidente" (E. Grande, "Principio di legalità", *op. cit.*, p. 475).

constitutionnelle de l'*error juris* est à même de jouer un rôle important de garantie pour l'individu, non seulement dans le cas, explicitement prévu par la Cour, d'un grave conflit synchronique de jurisprudence au moment du *commissi delicti*, mais aussi en présence d'un revirement de jurisprudence (conflit diachronique) ou dans les situations que la doctrine de *common law* appelle de "*first impression*" (c'est-à-dire lorsque le juge est confronté à un fait qui jusqu'alors n'avait pas été l'objet d'une décision et qui est difficilement reconnaissable, *prima facie*, comme une occurrence du *type* normatif)⁴⁹.

L'emploi de la catégorie *subjective* de l'*error juris* pour fournir une solution à un problème qui est, au contraire, essentiellement *objectif* révèle clairement le caractère *fictif* de cette démarche⁵⁰. On fait "comme si" le problème juridique découlait d'une erreur inévitable du citoyen sur le droit en vigueur au moment de l'infraction, alors qu'en réalité ce problème est la conséquence d'une certaine configuration du droit dans un contexte particulier. En effet, en cas de conflit synchronique de jurisprudence ou d'*overruling*, il n'y a pas de "déficit" inévitable de connaissance du droit, mais – si on veut garder la même expression – un "déficit" du droit pénal lui-même qui, d'un côté, se présente de manière antinomique et, de l'autre, subi une mutation soudaine de son contenu précédent. Autrement dit, dans ces cas de figure, l'accusé n'est pas, à proprement parler, dans l'impossibilité de connaître l'état du droit au moment de son comportement (rien ne l'empêche de connaître parfaitement le conflit jurisprudentiel ou la situation du droit au moment de son comportement qui précède l'*overruling*). Ce qu'il ne connaît pas – *et ne peut pas connaître*, car l'objet de la connaissance ne dépend pas ici de ses facultés intellectuelles – c'est, dans un cas, le choix que son juge fera parmi les différentes *normes pénales* en vigueur au moment du fait et, dans l'autre, la nouvelle *norme pénale* que son juge posera en fondement de la condamnation.

Toutefois, pour accéder à cette différente catégorisation de la *quaestio*, il faut préalablement opérer une *rupture épistémologique* dont la conséquence inévitable est d'amener le pénaliste hors de "son" paradigme officiel. Il faut notamment refuser l'équation moderne "droit pénal = loi" et accepter de prendre en charge le bouleversement du système que ce *renversement gestaltiste* engendre. La voie qui apparaît, par contre, à la communauté scientifique, comme la plus simple et la plus "naturelle" est celle de l'*hypothèse ad hoc*. Grâce à cette stratégie, le droit pénal peut continuer à garder son portrait traditionnel qui le représente comme n'étant que le résultat de la combinaison d'*objets-loi*. La fiction de l'*error juris* permet de

⁴⁹ Outre les auteurs cités à la note 39, voir aussi, pour une allusion à l'emploi du mécanisme de l'*error juris* en vue d'empêcher l'effet rétroactif d'un revirement jurisprudentiel "qui élargit le champ de la disposition pénale au-delà des limites précédemment assignées", T. Padovani, "L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'articolo 5 c.p.", in *Legislazione penale*, 1988, p. 456 et P. Veneziani, "L'oggetto dell'*ignorantia legis* rilevante", in *Foro italiano*, 1995, II, c. 512.

⁵⁰ D'ailleurs, la nature "d'artifice" et le caractère "impropre" de l'emploi de l'erreur de droit pour fournir une solution aux conséquences (imprévues par les lois internes du paradigme) du droit pénal jurisprudentiel, sont explicitement soulignés par E. Grande, "La sentenza", *op. cit.*, c. 423, qui note que cet artifice "est destiné à opérer en premier lieu dans la physiologie du système".

soigner, empiriquement et d'une manière qui paraît assez satisfaisante, un certain nombre d'anomalies du champ pénal. En cas de conflit de jurisprudence, par exemple, cette stratégie permet d'éviter que les conséquences de prétendues *pathologies* d'une loi (mal ciselée par le législateur et non encore déclarée inconstitutionnelle) ou d'un courant jurisprudentiel qui *déformerait* le texte de la loi se répercutent négativement sur le citoyen. Dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence, elle autorise le juge à ne pas imputer au comportement de l'accusé la "légèreté" d'avoir fait confiance à l'interprétation passée de la majorité des juges (interprétation qui s'est avérée erronée au fil du temps), au lieu de baser sa conviction sur le seul point d'appui légitime, le texte de la loi.

Bien que cette stratégie *ad hoc* fournisse au problème de l'effet dans le temps des décisions juridictionnelles une solution scientifiquement faible et imparfaite d'un point de vue opératif⁵¹, elle a le mérite de commencer à prendre au sérieux le phénomène du droit pénal jurisprudentiel et d'essayer de le gérer – moyennant les instruments que le paradigme met à disposition – d'une façon qui soit suffisamment respectueuse des droits de l'accusé.

Or, à côté de cette démarche empirique, ne pouvait que continuer à se déployer l'approche traditionnelle. En effet, une partie de la communauté scientifique, plus étroitement liée au cadre conceptuel du paradigme moderne, au lieu d'accueillir le jugement de la Cour constitutionnelle comme une opportunité pour résoudre certaines anomalies du champ pénal, se montre méfiante à l'égard de cette décision, craignant une "utilisation instrumentale de l'erreur excusable pour couvrir des lacunes et des carences de l'ordre juridique"⁵².

L'arrière pensée qui explique la méfiance de cette partie de la communauté est le refus de tout compromis avec la *réalité* du droit pénal jurisprudentiel. Pour ces représentants prestigieux de la communauté, le problème du "chaos jurisprudentiel" est le symptôme évident d'un dysfonctionnement du système, d'un "défaut en amont", à savoir "d'une carence de typicité [*tassatività*]" de la prévision légale⁵³. Cette position – parfaitement cohérente avec le cadre conceptuel de la modernité pénale – refuse, donc, d'accorder la moindre

⁵¹ Ainsi, par exemple, une application rigoureuse de la logique de l'*error juris* impliquerait que les juges établissent dans chaque cas l'état subjectif de l'accusé au moment des faits. Si ce dernier avait pu douter du caractère licite de sa conduite en raison de deux courants interprétatifs opposés, les juges seraient justifiés – en toute cohérence avec la catégorie de l'*ignorantia legis* inévitable – à condamner le prévenu sur la base de l'argument que son état de doute aurait dû le pousser à ne pas tenir la conduite controversée. D'ailleurs, comme on le verra dans le paragraphe 6.2.1, c'est justement cette solution que la majorité de la jurisprudence de cassation a fini par adopter après le jugement de la Cour constitutionnelle.

⁵² En ce sens, sur les pages de la plus prestigieuse revue italienne de droit pénal, L. Stortoni, "L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 1348. Voir aussi, pour une perspective analogue et dans la même revue, D. Pulitanò, "Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza", *ibidem*, p. 721, qui, en évaluant la décision de la Cour, note: est-ce un "prélude à une valorisation majeure du principe de "stricte légalité" [*determinatezza*]", ou bien un arrangement à cohabiter avec des violations de ce principe, sur la base compromissaire de la cause de justification de l'erreur, à appliquer au cas par cas par la magistrature ordinaire?"

⁵³ L. Stortoni, "L'introduzione", *op. cit.*, p. 1322.

reconnaissance – si non théorique, au moins pratique – au phénomène, de plus en plus visible, du droit pénal jurisprudentiel. D'après cette perspective d'analyse, la co-écriture – en partie inévitable et physiologique – du droit pénal par le droit judiciaire reste une pathologie qu'il faut absolument éradiquer. Toute "négociation" doit être refusée. A l'aune de la logique binaire et "pure" du paradigme, le conflit de jurisprudence est perçu comme l'effet "d'une carence originaire de *"tassatività"* de la norme ou de la perte de certitude du donné normatif par l'opération de l'interprétation jurisprudentielle"⁵⁴. La réponse à l'anomalie n'est pas à chercher *dans la charpente épistémologique et normative* du paradigme – qui empêche de comprendre et de gérer d'une façon satisfaisante la *réalité* du droit pénal jurisprudentiel – mais dans l'imperfection de la *mise en œuvre* du paradigme.

Dans cette perspective, l'*objet-loi* reste toujours le pivot autour duquel se déploie la perception du champ pénal et de ses problèmes. Si la loi est *parfaite*⁵⁵ (et elle peut être parfaite ou quasi-parfaite si le législateur écoute la doctrine et accomplit son travail d'écriture dans les règles de l'art) et si les juges ne vont pas "au-delà de son prescrit [*"dettato"*, dans le texte] afin de combler des carences présumées ou réelles de tutelle selon une logique bien connue de *suppléance*"⁵⁶, alors le problème des conflits de jurisprudence, soit n'existe plus, soit est cantonné dans des marges négligeables qui le rendent tolérable. Dans cette perspective, les conflits de jurisprudence sont essentiellement réduits à une pathologie de "surface", qui dépend de l'imperfection du performatif du législateur et/ou de l'*hybris* des juges.

En réalité, le pluralisme simultané des interprétations du même texte ne dépend pas *seulement* d'un déficit de la morphologie de la norme, mais aussi – et surtout (exception faite pour les conflits qui dérivent purement de l'ignorance de la jurisprudence élaborée par les autres juges) – de l'absence d'un consensus axiologique au sein de la communauté des interprètes⁵⁷. Même un mythique texte "parfait" (qui étalerait clairement, *erga omnes*, tout son champ sémantique) ne peut empêcher l'accouchement d'une pluralité d'interprétations – toutes compatibles, d'une manière ou d'une autre, avec les *textes* du droit – en présence d'une communauté interprétative non homogène. Le Texte – ou son Auteur – n'est jamais le maître absolu de son sens. Celui-ci est toujours le résultat d'un réseau de

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1325. A la page 1323, le même concept est exprimé: le chaos jurisprudentiel dépend "de l'illégitimité constitutionnelle de la norme [à cause de la violation du principe de *"tassatività della fattispecie"* que la "science juridique normale", pour reprendre les termes de Th. Kuhn, suppose être contenu dans l'article 25 de la Constitution] ou de l'inadmissibilité totale de l'interprétation jurisprudentielle de cette norme".

⁵⁵ Sur l'idéal de la "loi parfaite" voir F. Ost, "L'amour de la loi parfaite", in *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Presses Universitaires Laval, L'Harmattan, 1996, p. 53 s.

⁵⁶ L. Stortoni, "L'introduzione", *op. cit.*, p. 1323.

⁵⁷ Dans la même perspective, voir M. Corsale, "Certeza del diritto. Profili teorici", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, p. 4 s.

relations qui met en tension le texte, le co-texte⁵⁸ et le contexte avec l'horizon herméneutique de l'interprète et l'horizon – ou, le plus souvent, *les* horizons herméneutiques – de la polymorphe communauté juridique et, plus généralement, de la société toute entière. Comme nous l'avons déjà évoqué, à cette époque de modernité tardive, qui se caractérise, entre autre, par un accroissement de la fragmentation axiologique de la société, le phénomène des conflits de jurisprudence ne peut qu'acquérir une dimension majeure qu'aucune opération d'orthopédie lexicale ne pourrait exorciser.

6. *La position de la jurisprudence après l'arrêt de la Cour constitutionnelle*

Suite à l'arrêt 364/88 de la Cour constitutionnelle, la jurisprudence – sous l'impulsion de certains juges du fond – commence à aborder indirectement, à partir de la brèche ouverte dans les mailles de l'article 5 du Code pénal, le problème des effets dans le temps de ses décisions⁵⁹.

Dans les paragraphes suivants, on s'attachera à présenter les deux approches qui se sont dégagées au sein de la jurisprudence en rapport avec notre propos. De l'analyse des décisions publiées, il apparaît qu'un certain nombre de juges du fond valorisent la piste de l'*error juris* inévitable pour protéger les droits de l'accusé en présence d'un revirement *in malam partem* ou d'une décision qui adhère au courant jurisprudentiel défavorable au moment du *commissi delicti*. Parmi cette jurisprudence du fond, on trouve également un arrêt qui utilise la relecture de l'article 5 du Code pénal pour empêcher la rétroactivité d'une décision de "*first impression*". A côté de cette position progressiste, l'approche de la Cour de cassation est, jusqu'à présent, beaucoup plus prudente. Dans sa jurisprudence

⁵⁸ Cfr., à propos de ce concept, qui renvoie à l'ensemble des relations du texte avec son "*verbal environment*", C. Segre, "Co-text and Context", in Th. A. Sebeok (ed.), *Encyclopedic Dictionary of Semiotics*, Berlin, Mouton, vol. I, 1986, p. 151.

⁵⁹ Parmi cette jurisprudence qui adopte la stratégie des hypothèses *ad hoc*, on peut épingler un jugement de la Cour de cassation qui essaie d'encadrer aussi – même si d'une façon un peu ambiguë – le problème des effets d'un revirement défavorable dans la catégorie du "principe de la légalité" (Cass, sez. III, 6.10.1993, Garofoli, in *Giustizia penale*, 1995, II, c. 43 s.). La Cour note que l'interdiction de l'application rétroactive de l'*overruling*, avant de découler de l'article 5 du Code pénal, est imposée par le principe de "stricte légalité", qui "oblige le juge à respecter l'expression précise de la norme, qu'on suppose claire" et, "dans le cas où la norme ne serait pas tout à fait claire, de s'en tenir à l'*interprétation jurisprudentielle dominante qui l'a explicitée*". Et cela "pour éviter des interprétations divergentes qui exposent le citoyen à des responsabilités plus graves que celles auxquelles le même citoyen était tenu par la norme pénale et par la *jurisprudence relative*" (c. 45; c'est nous qui soulignons). L'intérêt de ce passage est l'adhésion implicite – escamotée derrière le principe de "stricte légalité" – à une conception élargie de la légalité pénale, qui semble intégrer la jurisprudence dans la notion de "loi". Bien que dissimulé sous le couvert de la conception déclarative de l'interprétation judiciaire ("l'interprétation dominante qui a *explicité* la norme"), le phénomène de la "succession du droit pénal jurisprudentiel" voit ici une première tentative rudimentaire de conceptualisation.

majoritaire, cette juridiction semble s'être orientée vers une interprétation plus restrictive de l'arrêt de la Cour constitutionnelle⁶⁰.

6.1. Décisions qui empêchent la rétroactivité *in malam partem* de la norme jurisprudentielle

Parmi les décisions qui mobilisent la catégorie de l'*error juris* inévitable pour empêcher l'effet rétroactif du droit jurisprudentiel, nous avons épinglé les hypothèses suivantes: rétroactivité de la norme jurisprudentielle en cas de conflit synchronique de jurisprudence (§ 6.1.1.); rétroactivité de la norme jurisprudentielle en cas de conflit diachronique de jurisprudence (§ 6.1.2.); rétroactivité de la norme jurisprudentielle en cas de *first impression* (§ 6.1.3.).

6.1.1. En présence d'un conflit synchronique de jurisprudence

En suivant l'allusion faite par la Cour constitutionnelle à l'"attitude interprétative des organes judiciaires gravement chaotique", une partie des juges utilise l'article 5 du Code pénal pour empêcher que la présence, au sein de la jurisprudence, d'interprétations divergentes des normes pénales ait des répercussions négatives sur les droits de l'accusé.

Parmi les décisions de la Cour de cassation, nous avons relevé deux arrêts qui acquittent l'accusé pour erreur inévitable due à l'existence d'un conflit de jurisprudence au moment des faits. Dans le premier de ces arrêts, la Cour a avalisé la décision d'acquiescement prise par le juge du fond sur la base de l'existence de "courants jurisprudentiels oscillants" qui ne permettaient pas de savoir s'il était nécessaire ou non, pour éviter d'encourir la sanction pénale, de dénoncer à un certain organe administratif de contrôle (*Utif*), la constitution d'un dépôt d'hydrocarbures⁶¹. Dans le second, la Cour a exclu la responsabilité de l'accusé en raison de "conflits interprétatifs" qui se sont produits tout au long des procédures extra-pénales engagées dans le cadre de l'affaire (il s'agissait de décider de la nécessité de requérir une autorisation régionale pour construire sur une zone particulière soumise à des contraintes urbanistiques)⁶².

⁶⁰ La même opinion avait été exprimée, en 1995, par E. Belfiore, "Brevi note sul problema della scusabilità dell'"ignorantia legis"", in *Foro italiano*, 1995, II, c. 155.

⁶¹ Cass. sez. III, 4.3.1992, Caul, in *Cassazione penale*, 1993, p. 1721 s. (avec un commentaire de F. Uccella, "L'ignoranza inevitabile in diritto penale: note minime sulle prime applicazioni della Corte di cassazione").

⁶² Cass. sez. III, 23.4.1996, Gatto, in *Cassazione penale*, 1997, p. 1725 s. (dans sa motivation, la Cour rappelle les quatre interprétations différentes qui avaient été avancées en doctrine et en jurisprudence sur les normes pertinentes). Il est intéressant de noter que ces deux arrêts de la Cour de cassation – en cohérence parfaite avec les catégories du paradigme officiel – ne considèrent pas les divergences d'interprétation de façon autonome, comme le produit juridique de la source jurisprudentielle du droit pénal, mais comme le symptôme de l'"obscurité", de la "complexité" ou de l'absence de "clarté" des textes législatifs. Cette référence à l'imperfection du texte de la loi cache toutefois la véritable raison – fort probablement inconsciente – qui justifie la décision (à savoir la présence d'antinomies dans le corps hybride du *droit pénal*). La preuve que la référence

En ce qui concerne la jurisprudence du fond, on peut tout d'abord mentionner deux décisions qui appliquent l'article 5 du Code pénal pour soustraire à la sanction pénale la simple détention d'armes-jouet dépourvues d'un bouchon rouge. En effet, à l'époque des faits, une partie de la jurisprudence estimait que l'article 5 de la loi 110/75 s'adressait seulement aux fabricants d'armes-jouet et non aux simples détenteurs⁶³. Selon ces juges, la présence de deux courants interprétatifs opposés rendait inévitable l'erreur sur le précepte.

La même démarche est suivie dans une autre décision qui acquitte, cette fois, un revendeur accusé de détenir, pour le commerce, des vidéocassettes à contenu obscène dans un endroit séparé du magasin, avec l'indication de la destination pour adultes de la marchandise exposée. Cette décision d'acquiescement se serait imposée en raison de deux courants interprétatifs qui déterminent "l'objective impossibilité de connaître la loi pénale". Une partie des juges estimait, en effet, que l'article 528 du Code pénal ("publication et spectacles obscènes") aurait pu n'être considéré enfreint que dans le cas où le message obscène était publiquement exposé et diffusé de façon indifférenciée. Une autre partie des magistrats, à laquelle le juge déclare d'adhérer, considérait, par contre, que la répression pénale du message obscène n'était pas subordonnée à une condition de publicité⁶⁴.

Un autre jugement considère que la présence de "différentes thèses jurisprudentielles", relatives au problème de la qualification d'une enceinte comme un édifice (ce qui aurait requis un permis de bâtir, "*concessione*") ou comme des dépendances de l'édifice (ce qui aurait nécessité, au contraire, une simple autorisation), finit par rendre inévitable l'erreur sur la norme pénale⁶⁵. La même conclusion a été adoptée dans un autre cas au cours duquel d'autres juges, appelés à résoudre des questions incidentes, avaient rendu des décisions contradictoires. Il s'agissait d'une affaire relative à une décharge de déchets construite à l'intérieur de certaines zones protégées. Le problème interprétatif était de savoir si le fait de construire une décharge sans autorisation pouvait échapper à la sanction pénale dans le cas où des raisons d'urgence (protection de la santé publique) étaient excipées par l'accusé (le maire d'une ville de la région Lazio). Bien qu'à cette question le juge, après une reconstruction soignée du droit et des

au texte législatif ne représente que l'effet d'inertie de la force du paradigme réside dans la circonstance que les juges ne mettent pas en cause ici le texte, en soulevant une question de légitimité constitutionnelle de la loi pour violation du principe de la légalité, mais se limitent à tirer les conséquences juridiques de l'état du *droit pénal au moment* des faits. Officiellement les juges continuent à faire appel au texte de la loi *in abstracto* (qui serait obscure, complexe, pas claire), mais, en réalité, ils se réfèrent à une autre conception du droit qui est le résultat du métissage de textes provenant de différents auteurs et écrits à partir de perspectives spatio-temporelles différentes.

⁶³ Pret. Bologna, 12.4.1988, Ballestri, in *Difesa penale*, 1988, vol. 19, p. 61 s. et Pret. Vittorio Veneto, 12.4.1988, inédite (citée par A. Cadoppi, "Orientamenti giurisprudenziali in tema di "ignorantia legis"", in *Foro italiano*, 1991, II, c. 419).

⁶⁴ Pret. Reggio Emilia, 26.10.1989, Petrocelli, in *Foro italiano*, 1991, II, c. 415 s., suivi par un commentaire de A. Cadoppi, "Orientamenti giurisprudenziali", *op. cit.*, auquel on renvoie pour la référence à d'autres jugements qui appliquent l'article 5 du Code pénal.

⁶⁵ Pret. Vibo Valentia, 9.7.1990, Toma, in *Rivista penale*, 1991, p. 187.

faits pertinents, ait fini par répondre de manière négative, il a néanmoins conclut en faveur de l'acquittement de l'accusé. Celui-ci, en effet, aurait été induit en erreur inévitable de la loi pénale en raison de la "situation d'objective et grave incertitude jurisprudentielle" déterminée par la prononciation, dans le cadre de la même procédure, de deux arrêts opposés de la Cour de cassation rendus à l'occasion d'un double recours à l'encontre d'un décret de séquestre de la zone incriminée⁶⁶.

Comme il a été déjà relevé au cours du paragraphe précédent, dans la démarche de cette partie de la jurisprudence, la catégorie subjective de l'erreur de droit n'a que la fonction de légitimer juridiquement (selon les lois du paradigme) une décision d'acquittement qui est fondée, en réalité, sur d'autres raisons. Le dilemme de la responsabilité pénale n'est pas tranché, ici, par l'introspection de l'état subjectif de l'accusé, mais à partir de la situation "objective" du droit. Contrairement au discours officiel des juges, l'accusé n'a pas été acquitté en raison de l'erreur dans laquelle il a versé en raison de dysfonctionnements du système qui l'auraient empêché de connaître le sens correct de la norme. En réalité, il a été acquitté parce que plusieurs *normes concurrentes* s'étaient condensées sur la portion du réseau juridique dans laquelle se situait le cas d'espèce.

Ce décalage entre le niveau discursif et le niveau opérationnel est évident dans la seconde décision de la Cour de cassation. Ici les juges, après avoir rappelé les différentes interprétations des normes pertinentes, s'attachent à tracer les contours de la catégorie de l'erreur excusable dans le cas où le sujet de l'erreur n'est pas le *quivis de populo*, mais une personne qui, à cause de ses qualités professionnelles, est tenue à un devoir d'information plus étendu sur l'état de la législation qui la concerne. Très probablement, la Cour s'est sentie obligée de faire le détour par la condition psychique relative à cette typologie d'accusé, car le juge d'appel avait condamné le requérant en raison de sa qualité de constructeur professionnel, qualité qui l'aurait empêché d'alléguer de sa bonne foi. Cette référence au statut professionnel de la personne qui a versé dans l'erreur peut également provenir d'un passage du jugement 364/88 de la Cour constitutionnelle et d'un arrêt, par ailleurs un peu ambigu, des *Sezioni unite* de la Cour de cassation⁶⁷. Quels que

⁶⁶ Pret. Frosinone, 17.2.1994, D'Ottavi, in *Giustizia penale*, II, 1995, c. 604. Le juge note aussi que l'incertitude du droit était renforcée par la prononciation d'un jugement du Conseil d'Etat qui donnait raison à l'accusé, en déclarant légitime l'ordonnance d'urgence du maire.

⁶⁷ Il s'agit de Cass. S. U., 10.6.1994, Calzetta, in *Foro italiano*, 1995, II, c. 154 s. qui semble lier à l'existence d'un "comportement positif des organes administratifs ou d'un courant jurisprudentiel dans l'ensemble incontesté" la possibilité d'excuser l'*error juris* d'un professionnel (c. 159). L'ambiguïté de cette décision réside dans le fait que la Cour – comme le note, d'ailleurs, Cass. sez. III, 23.4.1996, Gatto, *cit.*, c. 1729 – n'a pas appliqué dans toute sa rigueur la *ratio decidendi* (*ratio* qui est très proche de la jurisprudence traditionnelle relative à la "bonne foi dans les contraventions"). En ce qui concerne, par contre, l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il s'agit du passage dans lequel la Cour fait allusion aux "connaissances particulières et aux habiletés" possédées par certains citoyens auxquels on demande des "comportements particuliers propres à réaliser les devoirs instrumentaux de diligence dans la connaissance des lois pénales" (p. 1531). Cette référence à la nécessité d'évaluer l'erreur aussi à l'aune de critères subjectifs, qui devraient compenser les critères objectifs "purs" (obscurité absolue du texte ou chaos jurisprudentiel), révèle

soient les motifs de ce détour, l'effort de définir l'état subjectif que le professionnel devrait posséder pour invoquer la cause de justification de l'*error juris* ne joue aucun rôle substantiel dans l'économie de la décision. Il n'est, en définitive, que le prix à payer aux lois formelles du paradigme. Le dispositif d'acquiescement, en effet, ne dépend pas de la condition psychique de l'accusé constructeur de bâtiments (qui, selon la motivation des *Sezioni Unite*, reprise par la Cour de cassation, devrait être tenu responsable même en cas de "*culpa levis*"), mais de la situation antinomique du *droit* en vigueur.

La référence qui est faite ici à l'effort cognitif du citoyen présuppose l'existence d'un sens correct du droit dont le degré de connaissance requis dépendrait du statut culturel ou professionnel de l'accusé. D'ailleurs, c'est le concept même d'erreur de droit qui présuppose l'existence d'un chemin herméneutique correct duquel on s'égare (on "erre") de par l'action d'événements externes trompeurs, comme, par exemple, un courant jurisprudentiel qu'une exégèse différente de la doctrine ou de la jurisprudence, "pourrait, après coup, considérer non conforme au précepte"⁶⁸. A l'inverse, dans le cas d'espèce, la Cour de cassation – contrairement à ce qu'elle déclare formellement – ne structure pas son argumentation à partir du respect du devoir particulier d'information qui incomberait à ce type d'accusé, mais à partir du *fait* de la présence d'une antinomie dont la résolution n'est absolument pas liée à l'effort cognitif du citoyen. La Cour ne se demande pas, en réalité, si l'erreur de l'accusé est excusable, étant donné la configuration obscure du droit et le devoir particulier d'information qui lui est demandé, mais se limite à constater la présence simultanée de deux *normes pénales*, l'une favorable et l'autre défavorable au requérant. Et, afin de garantir les droits de l'accusé, elle applique la norme *in bonam partem*.

6.1.2. En présence d'un conflit diachronique de jurisprudence

Les décisions qui ont pris position sur le problème de la rétroactivité d'un *overruling in malam partem* sont rares. Nous en avons relevé seulement deux⁶⁹. Ce constat ne doit pas étonner, car le phénomène le plus considérable dans le champ pénal italien n'est pas le revirement de jurisprudence, mais la présence, au

le conditionnement que la *forma mentis* du paradigme traditionnel exerce sur le raisonnement de la Cour et engendre des confusions sur l'enjeu véritable du problème. En effet, l'allusion à des degrés différents de l'obligation de connaissance de la loi pénale n'a de sens que si on présuppose l'existence d'un sens correct de la loi. Par contre, dans les cas, où la jurisprudence donne des sens divergents à la loi, toute référence à un devoir gradué de connaissance de "la" loi pénale est dépourvue de signification et se prête à des opérations qui affaiblissent les droits du citoyen (quelle serait, en effet, la "loi" qu'il faudrait connaître ici avec un soin tout particulier? Celle proposée par le courant "x" ou celle proposée par le courant "y" de la jurisprudence?).

⁶⁸ Cass. sez. III, 23.4.1996, Gatto, *cit.*, p. 1728.

⁶⁹ A ces deux décisions il faut en ajouter une troisième, très similaire (Trib. Napoli, 12.3.197, Papa, déjà citée au § 3), par laquelle le juge du fond a empêché la rétroactivité d'une loi d'interprétation authentique qui s'opposait à la jurisprudence absolument dominante au moment du *commissi delicti*.

même moment, de plusieurs courants interprétatifs⁷⁰. En Italie, cette situation de fragmentation jurisprudentielle du droit – qui est en partie déterminée par les causes rappelées au paragraphe 4 – est aussi la conséquence de facteurs d'ordre institutionnel et organisationnel qui sont autant d'obstacles à la formation d'une jurisprudence raisonnablement stable et homogène⁷¹.

Le premier arrêt a déjà été mentionné à la note 59. Il s'agissait de décider si le revirement de jurisprudence, consacré par deux décisions de la Cour de cassation (dont l'une fut rendue un mois et demi avant les faits incriminés) et avalisé l'année suivante par les *Sezioni Unite*, pouvait être appliqué au cas d'espèce⁷². La Cour répond négativement, car la première décision qui avait posé l'*overruling* reprenait un “courant interprétatif nettement minoritaire” et renversait “le courant majoritaire, totalement ininterrompu pendant cinq ans”.

La seconde décision concernait une incrimination pour violation d'une norme prévue dans une loi spéciale (l. 319/1976) sur la protection des eaux de la pollution⁷³. Plus précisément, l'accusé, en qualité de président de la coopérative “*Latteria sociale San Biagio*”, devait répondre du fait d'avoir déchargé les eaux de lavage de la dite laiterie en dépassant les limites fixées par le droit. La Cour confirme les décisions d'acquiescement des juges du fond motivées sur le principe de l'*error juris* excusable. En effet, note la Cour, au moment des faits (4.12.1990), la “jurisprudence constante” considérait que les déversements provenant des établissements privés – comme devait être considérée la laiterie dans le cas d'espèce – n'étaient pas assujettis aux limites prévues pour les établissements commerciaux. Cette jurisprudence a commencé à être battue en brèche seulement vers la fin des années quatre-vingts, jusqu'au moment où les *Sezioni unite* ont fini par adhérer à l'interprétation plus répressive⁷⁴. Pour ces raisons, conclut la Cour, l'accusé, “avant le revirement jurisprudentiel induit par le jugement cité des *Sezioni unite*”, ne pouvait pas avoir le sentiment de commettre une infraction. Partant, cet état subjectif “doit être considéré comme erreur inévitable de la loi pénale” (c. 510).

⁷⁰ Pour la même observation, voir A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, op. cit., p. 319, qui avance l'hypothèse que le désintérêt de la doctrine italienne pour le problème des effets dans le temps des décisions pourrait en grande partie être imputable à l'abondance des conflits synchroniques de jurisprudence. Cette situation d'instabilité jurisprudentielle représenterait un obstacle considérable au rapprochement des effets dans le temps du droit jurisprudentiel et du droit législatif.

⁷¹ Pour le rappel de certains de ces facteurs, cf. M. Vogliotti, “La “rhapsodie”: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal”, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, pp. 178-179 et les références bibliographiques citées.

⁷² L'accusé avait effectué, sans autorisation régionale, des déversements provenant d'habitations privées hors des égouts publics. La jurisprudence dominante au moment des faits n'exigeait pas d'autorisation.

⁷³ Cass. sez. III, 22.3.1995, Munari, in *Foro italiano*, 1995, II, c. 498 s., avec un commentaire de P. Veneziani, “L'oggetto dell'*ignorantia juris*”, op. cit.

⁷⁴ Cass. S. U., 12.2.1993, Tognetti, in *Cassazione penale*, 1993, 1395 s., suivie par le commentaire de R. Mendioza, “Insediamenti produttivi e insediamenti civili: le *Sezioni unite* ribadiscono il principio dell'unitarietà della disciplina degli scarichi”, *ibidem*, p. 1399 s.

6.1.3. En présence d'un "casus novus"

Parmi les jugements publiés après l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il en est un qui utilise l'*error juris* pour donner une réponse juridique à un cas qualifié de *first impression*⁷⁵.

Le juge devait décider si certains objets (des plumes et des porte-clés contenant des lames de différentes longueurs, comprises entre un minimum de 40 mm. et un maximum de 69 mm.) devaient être qualifiés d'armes au sens de la loi pénale. Une telle qualification était une *conditio sine qua non* pour répondre à l'incrimination prévue à l'article 695 du Code pénal ("Fabrication et commerce non autorisés d'armes"). Le juge, après une analyse approfondie, décide que ces objets doivent être qualifiés d'armes. Toutefois, il note que ces objets sont "tout à fait particuliers et originaux, avec des caractéristiques de nouveauté absolue aussi bien par rapport aux définitions contenues dans les textes législatifs relatifs aux armes que par rapport aux importantes précisions apportées par la jurisprudence". Il s'ensuit, poursuit-il, que cette "nouveauté de l'objet [...] couplée à l'absence absolue de courants jurisprudentiels sur la question (il n'existe, en effet, qu'un nombre fort limité de décisions juridictionnelles qui n'ont pas la forme d'arrêt et sont très lapidaires dans la motivation)" engendre "une difficulté considérable d'encadrement juridique" de ces objets, comme le témoigne, d'ailleurs, la grande difficulté que les experts eux-mêmes ont eue pour les qualifier⁷⁶. En se référant au jugement de la Cour constitutionnelle sur l'article 5 du Code pénal, le juge considère que l'erreur des prévenus relative à la qualification juridique des objets en question devait être jugée inévitable et, donc, excusable.

Cette utilisation de la catégorie de l'erreur de droit pour empêcher la rétroactivité d'une décision dans l'hypothèse d'un *casus novus* offre une solution opérationnelle plus *flexible*, plus *efficace* et ayant un spectre d'application plus large que le principe traditionnel de l'interdit de l'analogie *in malam partem*.

Tout d'abord, en voulant écouter les critiques récurrentes de la doctrine, ce dernier remède contre la dilatation judiciaire du champ sémantique de la norme serait largement inefficace, car la jurisprudence camouflerait souvent une analogie sous le couvert formel d'une interprétation extensive⁷⁷. En outre, le prétendu "carrefour" de l'interdiction de l'analogie se révèle trop rigide – et, *donc*, trop *faible* – pour aborder d'une façon satisfaisante la multiplicité des problèmes que les cas soulèvent.

Cette barrière qu'on croit élever pour contenir l'*hybris* du juge est un élément fondamental du paradigme pénal moderne et se justifie parfaitement dans le cadre épistémologique de celui-ci. En effet, l'interdit de l'analogie *in pejus* trouve sa

⁷⁵ Pretore Genova, 11.1.1991, Cantale, in *Foro italiano*, 1991, II, c. 732 s.

⁷⁶ *Ibidem*, c. 737.

⁷⁷ Voir, notamment, G. Contento, "Interpretazione estensiva e analogia", in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, op. cit., p. 9 s. et R. Rinaldi, "L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 195 s.

raison d'être profonde dans un système où l'activité de l'application judiciaire du droit est focalisée sur l'objet-loi. D'après cette conception, la *juris-dictio* est conçue, essentiellement, comme une œuvre à deux étapes: la première – la plus importante – consiste à repérer la règle de droit, tandis que la seconde vise à subsumer le fait – séparément établi – sous cette règle. La norme est imaginée, ici, comme un espace sémantique délimité par des frontières lexicales qui séparent le dedans du dehors de la règle. Cette représentation détermine la tâche fondamentale du législateur et de la doctrine, qui se résume, essentiellement, dans le travail d'édification de l'enceinte de la norme. A l'intérieur de ce cadre conceptuel, l'interprétation extensive serait une opération herméneutique dont le résultat ferait encore partie du domaine de la règle, bien qu'il se situe aux confins de celle-ci. L'analogie, au contraire, serait une opération qui se situe complètement hors des frontières de la norme. Ici, on ne serait plus dans le droit: on le créerait illicitement.

Il suit de cet imaginaire que lorsqu'un fait rentre dans le périmètre d'une norme pénale, le juge doit condamner. Si le fait, par contre, se situe hors de la norme, le juge ne pourrait pas – en avançant des raisons de politique criminelle qui doivent lui rester indifférentes – combler la lacune à travers l'instrument de l'analogie. Il ne pourrait qu'acquitter.

Cette représentation de l'activité juridictionnelle néglige le fait que le sens de la norme n'est pas un *objet* qui est déjà fait par le législateur ou, dans le cas où il garde encore des imperfections, parachévé par la doctrine. Le sens de la norme doit être conçu, au contraire, comme un *projet* sémantique auquel collaborent, à des degrés d'intensité différents, tous les acteurs reliés au réseau juridique. Le droit n'est jamais complètement enfermé dans des textes éminents: il est le résultat, toujours provisoire, du jeu récursif et hybridant des faits et des règles.

Dans la circulation de sens qui se produit au sein de ce cercle herméneutique entre faits et règles peuvent se matérialiser des signifiés inédits qui n'existaient pas ou dont on ne pouvait pas imaginer l'existence à l'avance. Face à ces phénomènes, la logique de l'interdit de l'analogie reste prisonnière de sa racine épistémologique binaire qui lui impose soit d'ostraciser le nouveau signifié, le considérant comme un étranger par rapport à la norme, soit de lui accorder la pleine citoyenneté.

Chacune de ces deux solutions s'avère, assez souvent, largement insuffisante. La première, en ce qu'elle empêche le droit d'évoluer progressivement dans le contexte dialogique du procès, en prenant en compte les faits nouveaux que l'écoulement du temps ne cesse d'engendrer⁷⁸. La seconde, en ce qu'elle permet au

⁷⁸ Voir, par exemple, Cass. sez. V, 3.7.1991, D'Amico, in *Foro italiano*, 1992, II, c. 146 s., qui donne une réponse à la question posée par un *casus novus* (la Cour et le bref commentaire qui suit ne citent pas de précédents jurisprudentiels, mais seulement des opinions doctrinales) par le biais du principe de l'interdit de l'analogie *in malam partem* (la Cour annule le jugement de la cour d'appel qui avait partagé l'opinion de la doctrine minoritaire selon laquelle la surévaluation des biens existants dans le patrimoine de l'entreprise de l'accusé était assimilable à l'opération – explicitement prévue par la loi – de déclarations d'activités inexistantes. Dans les deux cas, en effet, selon cette partie de la doctrine, l'entrepreneur soumet aux organes de la procédure de faillite

juge d'appliquer la "nouvelle" norme pénale (qui aurait passé le test de l'analogie) de façon rétroactive, au cas même sans lequel cette norme n'aurait pas existé⁷⁹.

En outre, cette logique "forte" de l'*aut-aut* est d'autant plus gênante qu'elle s'applique à un domaine – le raisonnement par analogie – qui est par excellence *flou*. Le principe classique de l'interdit de l'analogie révèle ainsi sa racine épistémologique "violente" et dogmatique: il prétend à une légitimité théorique pour ses résultats alors que ceux-ci ne peuvent se prévaloir que d'une légitimité éthico-pratique. Comme le dit remarquablement L. Gianformaggio, la distinction entre interprétation extensive et analogie n'est que de "degré": "l'interprétation extensive est une analogie "facile" [...], acceptable par le sens commun des juristes; l'analogie est une extension qui demande une justification"⁸⁰. Il n'y a pas, en effet, de critères théoriques valides qui permettent de distinguer une interprétation extensive d'une analogie. La différence entre ces deux procédés n'est pas *qualitative*, mais seulement *quantitative*. Et cela parce que toute interprétation est nécessairement analogique⁸¹. De surcroît, la constatation d'un

une situation patrimoniale de l'entreprise différente de la situation réelle avec le même but de se prévaloir des avantages des procédures de concours).

⁷⁹ Cette hypothèse s'est vérifiée, par exemple, lorsque la Cour de cassation a dû se prononcer sur l'applicabilité de la norme pénale qui protège le droit d'auteur (article 171c de la loi du 22.4.1941, n. 633) au cas nouveau de la reproduction abusive du *software* (Cass. sez. III, 24.11.1986, S.i.a.e. c. Pompa, in *Foro italiano*, 1987, II, c. 289 s., avec un commentaire de R. Pardolesi, "Software", "property rights" e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie"). Il s'agissait de décider si le *software* répondait aux caractéristiques prévues dans la loi citée au moment de la décision (entre autres, la qualité d'œuvre scientifique pourvue d'un certain degré de créativité; la loi faisait référence, à l'époque, à des œuvres de "littérature" scientifique). Avant la décision de la Cour, la majorité de la (très parcimonieuse) jurisprudence du fond était de l'avis que le *software* ne pouvait pas être qualifié d'œuvre intellectuelle au sens de la loi de 1941 (la première décision qui avait admis la protection pénale du *software* avait été l'ordonnance du Pretore Pisa, 11.4.1984, Unicomp. s.r.l. – Itacomputers et General Informatics, in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, 2, 720). La Cour – qui a rendu son jugement à une époque antérieure à l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 1988 – a établi, après une analyse attentive des caractéristiques du *software*, que celui-ci rentrait dans la définition législative de l'œuvre intellectuelle. Elle a donc annulé l'arrêt d'acquiescement prononcé par le juge du fond, sans se poser la question des effets rétroactifs *in malam partem* de son jugement de *first impression* qui, en outre, allait à l'encontre de la jurisprudence du fond majoritaire (voir, pour une critique de ce jugement de la Cour, considéré comme le résultat d'une application analogique de la législation sur le droit d'auteur, G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale, op. cit.*, pp. 176-177, qui considèrent comme une confirmation de leur opinion le fait que le législateur soit intervenu en 1992 – six ans après... – pour avaliser le jugement de la Cour de cassation).

⁸⁰ L. Gianformaggio, "Analogia", in *Digesto delle discipline privatistiche (sez. civile)*, I, Torino, UTET, 1987, p. 327.

⁸¹ En ce sens, W. Hassemer, "Testo e interpretazione delle leggi penali", in *Ars interpretandi*, 1997, pp. 190 et 192 et, bien avant, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, 1938, pp. 139-140, qui souligne que la distinction entre analogie et interprétation extensive n'a aucun fondement théorique: elle est née dans le but pratique d'échapper à l'interdit législatif de l'analogie en droit pénal (en Italie, l'article 14 des dispositions préliminaires au Code civil). Cette hypothèse est confirmée par la circonstance qu'avant les codifications aucun juriste n'a jamais éprouvé le besoin d'élaborer une telle distinction. En doctrine, par contre, cette distinction est encore largement acceptée. Voir, par exemple, G.

désaccord si fréquent entre les auteurs de doctrine quant à la typologie de l'interprétation judiciaire, qualifiée par certains d'extensive, par d'autres d'analogique, renforce, empiriquement, l'acquis théorique selon lequel il n'y a pas de critère objectif qui permet de distinguer les deux types d'opérations herméneutiques⁸².

Au contraire, la fiction de l'*error juris* appliquée à une situation de *first impression* permet une approche plus flexible de ce phénomène et se prête, en conséquence, à l'élaboration d'une solution plus satisfaisante. Tout d'abord, elle évite un encadrement purement objectif du problème suscité par un *casus novus*. Celui-ci n'est pas seulement examiné à la lumière du prétendu objet-loi, mais aussi par la perspective subjective de l'accusé, filtrée, évidemment, par le regard du juge et de la communauté dont il est l'interprète. Si, après une analyse attentive des différents contextes (juridique, éthique, technique...) dans lesquels le fait s'est vérifié, le juge estime que le *casus novus* pouvait être *raisonnablement* considéré par l'accusé comme une occurrence de la règle, il pourra adopter un dispositif de condamnation, en motivant que l'erreur de droit n'était pas excusable *hic et nunc*. Le caractère hybride de cette démarche, qui met en tension les horizons du droit et du fait, évite ainsi le piège de la logique dichotomique qui, comme nous l'avons vu, est sous-jacente à l'interdit de l'analogie.

Ensuite, ce remède équitable (qui relève indubitablement d'une logique de la complexité) permet au juge d'inscrire sa décision dans un registre *temporel*. Alors que la catégorie de l'analogie évacue le facteur temps (son *terminus ad quem* étant le champ sémantique figé de l'objet-loi), l'hypothèse *ad hoc* de l'*error juris* se prête à moduler dans le temps les effets produits par le droit judiciaire. Plus précisément, elle permet d'empêcher la rétroactivité de la "nouvelle" règle au cas d'espèce, tout en lui permettant de produire ses effets normatifs pour le futur, sans devoir attendre la parole hiératique (coûteuse et assez souvent inadéquate et tardive) du "Bon législateur". Celui-ci pourra d'ailleurs toujours intervenir, après coup, s'il estime que la nouvelle norme qui s'est ainsi cristallisée sur le réseau juridique doit être éliminée du champ pénal.

Vassalli, "Analogia nel diritto penale", in *Digesto delle discipline penalistiche*, I, Torino, UTET, 1987, p. 160, R. Rinaldi, "L'analogia", *op. cit.*, p. 196 (selon laquelle "en théorie la différence est claire" entre ces deux procédés) et I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 34, qui rappelle et partage le *topos* traditionnel d'après lequel l'interprétation extensive "se maintient dans la norme", tandis que l'analogie "en sort" (distinction *qualitative*). Ce *topos* est partagé aussi par la jurisprudence (voir, par exemple, Cass. sez. V, 3.7.1991, D'Amico, *cit.*, c. 149, qui considère l'interprétation extensive comme une opération herméneutique "liée, de toute façon, au texte de la norme existante", tandis que l'analogie serait un processus "créateur d'une nouvelle norme qui n'existait pas auparavant"). La vitalité de cette distinction ressort de l'article 129, a. 3, du projet (échoué) de révision de la Constitution italienne approuvé par la "Commission bicamérale" en novembre 1997: "Les normes pénales ne peuvent pas être interprétées de manière analogique ou extensive" (pour une critique de cette disposition, qui manifesterait "une surprenante pauvreté de culture herméneutique" de son auteur, voir M. Donini, "L'article 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997", in *Critica del diritto*, 1998, p. 122 s.).

⁸² Voir, pour une telle remarque, A. Cadoppi, *Il valore del precedente, op. cit.*, p. 281 et note 78.

Enfin, ce procédé peut revendiquer un domaine d'application plus vaste que celui de l'analogie, car la non application de la règle y est admise même dans les cas où, selon le lexique du paradigme officiel, il n'y aurait pas une analogie *in malam partem*, mais seulement une interprétation *évolutive* ou *extensive* qui serait imprévisible⁸³.

6.2. Décisions qui n'empêchent pas la rétroactivité *in malam partem* de la norme jurisprudentielle.

Dans ce paragraphe seront brièvement présentées deux approches jurisprudentielles qui, pour des raisons différentes, ne font pas obstacle à la rétroactivité de la règle jurisprudentielle défavorable à l'accusé. Le premier courant, qui exprime la position de la jurisprudence majoritaire, tire, de la relecture constitutionnelle de l'article 5 du Code pénal, une directive herméneutique opposée à celle présentée auparavant (§ 6.1.1), relativement au cas du conflit synchronique de jurisprudence. Le second courant, qui témoigne de l'indifférence persistante de l'approche traditionnelle vis-à-vis des effets dans le temps du droit jurisprudentiel, est encore plus sourd que le premier au problème de la rétroactivité des jugements. Cette attitude est manifeste dans le silence qu'il conserve au sujet de l'article 5 du Code pénal.

6.2.1. L'hypothèse du conflit synchronique de jurisprudence

Suivant ce courant majoritaire, en cas de doute sur le sens de la loi pénale engendré par une divergence interprétative au sein de la jurisprudence, le citoyen devrait éviter de suivre le comportement dont la pertinence pénale est incertaine. Ce raisonnement est bien exprimé par l'extrait suivant d'un arrêt de la Cour de cassation qui souligne que "l'incertitude découlant de courants jurisprudentiels opposés, dans l'interprétation et dans l'application d'une norme, ne légitime pas, en tant que telle, l'invocation de la condition subjective d'ignorance inévitable de la loi pénale". Il précise, en effet, que "le doute sur le caractère licite ou non de la

⁸³ A vrai dire, il ne faut pas être dupe du fait que cette flexibilité de l'*error juris* est en partie récupérée par la logique de l'analogie, grâce aux confins flous qui délimitent le domaine de l'analogie du domaine de l'interprétation extensive. Jouant sur ce "flou", on peut s'attendre à ce que le juge – lorsqu'il estime que la "nouvelle" norme pénale aurait pu être raisonnablement prévue par l'accusé ou pourrait obtenir, très probablement, l'aval *ex post* du législateur – finisse par qualifier son opération herméneutique comme une interprétation extensive, ce qui lui permettra de légitimer juridiquement la "nouvelle" incrimination. Au contraire, s'il considère que la nouvelle norme n'aurait pu être raisonnablement prévue par le prévenu ou ne serait pas acceptée par la communauté juridique et sociale comme un signifié raisonnable de la règle, il finira, très certainement, par qualifier cette opération herméneutique d'inadmissible analogie *in malam partem*. Par rapport à cette démarche fort empirique et incontrôlable, la catégorie de l'*error juris* offre des avantages considérables. D'une part, elle permet – si le juge considère que la nouvelle norme sera acceptée par la communauté juridique – d'annoncer cette norme pour le futur, sans devoir l'appliquer (rétroactivement) au cas d'espèce. D'autre part, elle responsabilise le juge, l'empêchant de cacher les véritables raisons de sa décision derrière le dogmatisme d'un prétendu fondement théorique – et donc purement technique et impersonnel – de sa décision.

conduite doit pousser le sujet à une attitude plus attentive, jusqu'à – selon ce qui émerge de l'arrêt n. 364/88 de la Cour constitutionnelle – l'abstention de l'action si, malgré toutes les informations recueillies, l'incertitude demeure quant au caractère licite ou non de l'action, étant donné que le doute, n'étant pas assimilable à l'état d'ignorance inévitable et invincible, n'est pas en mesure d'exclure la conscience de commettre une infraction pénale⁸⁴.

Ce même principe (“*in dubio abstine*”) est partagé par plusieurs autres jugements⁸⁵. Parmi ceux-ci, certains précisent que “tous les conflits jurisprudentiels ne peuvent pas configurer une erreur inévitable”⁸⁶. Cette directive a été appliquée, par exemple, au cas – abordé ci-dessus – de la détention d'armes-jouet dépourvues de bouchon rouge. Ici, la Cour de cassation, contrairement aux deux décisions des juges du fond précédemment citées, refuse d'appliquer la cause de justification de l'erreur du droit au motif que le conflit jurisprudentiel, invoqué par le requérant, n'intégrerait pas les conditions prévues par la Cour constitutionnelle, à savoir la présence d'une “attitude interprétative des organes judiciaires gravement chaotique”⁸⁷.

Parmi cette jurisprudence qui interprète d'une façon restrictive l'arrêt de la Cour constitutionnelle, figure un jugement qui propose à nouveau la *ratio decidendi* “*in dubio abstine*”, même dans un cas où le juge aurait pu fonder sa décision sur un autre argument, en principe moins défavorable pour l'accusé⁸⁸. La *quaestio* était de savoir si un maire qui ouvre et gère une décharge communale de déchets solides urbains, sans avoir une autorisation régionale particulière, commet une infraction prévue dans une loi spéciale relative à la protection de l'environnement. La cour d'appel, constatant un conflit d'interprétation au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation (une partie de celle-ci considérait que l'autorisation régionale n'était pas nécessaire dans le cas où les décharges étaient directement gérées par les communs), avait acquitté l'accusé pour erreur inévitable de la loi pénale. A l'encontre de cette décision, la Cour de cassation relève que le conflit de jurisprudence avait déjà été résolu plusieurs années avant la date des faits (septembre 1991 et avril 1992) par les *Sezioni unite*. Celles-ci

⁸⁴ Cass. sez. VI, 27.3.1995, Bando, in *Cassazione penale*, 1996, p. 2959.

⁸⁵ Voir, par exemple, Cass. sez. III, 6.5.1994, Bonsignore, in *Rivista penale*, 1995, p. 55; Cass. sez. III, 1.6.1994, Cherubini, in *Giustizia penale*, 1995, II, c. 323 et Cass. sez. III, 5.12.1995, Rainone, *ivi*, 1996, II, c. 470. Même la doctrine n'est pas univoque sur ce point. Une partie des auteurs partage la position interprétative de cette jurisprudence. C'est le cas, par exemple, de G. Fiandaca, “Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale – “prima lettura” della sentenza n. 364/88”, in *Foro italiano*, 1988, c.1392 (qui se réfère au cas du sujet qui pour des raisons professionnelles serait tenu à un devoir d'information plus étendu) et de F. Mantovani, *Diritto penale, op. cit.*, p. 89. D'autres auteurs estiment, au contraire, que le doute, lorsqu'il est inévitable, doit bénéficier à l'accusé (voir, entre autres, L. Stortoni, “L'introduzione”, *op. cit.*, p. 1331 s. et, notamment, note 66; F. Palazzo, “Ignoranza”, *op. cit.*, p. 132 et A. Cadoppi, *Il valore del precedente, op. cit.*, p. 321, note 55).

⁸⁶ Cass. sez. III, 5.12.1995, Rainone, *cit.*, c. 471. Cf., aussi, Cass. sez. III, 20.3.1996, Stefanelli, *cit.*, p. 8504.

⁸⁷ Cass. sez. VI, 14.11.1989, Bondoni, in *Cassazione penale*, 1991, p. 807.

⁸⁸ Cass. sez. III, 1.6.1994, Cherubini, *cit.*

avaient privilégié l'interprétation défavorable à l'accusé. Au lieu de s'en tenir à cette *ratio* – qui aurait déjà permis à la Cour de justifier un dispositif d'annulation de l'arrêt du juge du fond qui s'était écarté de la jurisprudence dominante (en effet, après le jugement des *Sezioni unite* les juges s'étaient conformés à leur dispositif) – les juges de cassation ont jugé nécessaire de rappeler la formule *in dubio abstine*, le seul argument qui paraît être vraiment décisif aux yeux de la Cour⁸⁹.

Il est important de noter que presque tous ces jugements prétendent dégager de l'arrêt de la Cour constitutionnelle le fondement juridique de leur décisions, à savoir le principe selon lequel en cas de doute, engendré par un conflit de jurisprudence, le citoyen doit s'abstenir d'agir. Lors d'un examen plus attentif de l'arrêt n. 364 du 1988, l'exégèse proposée par ce courant jurisprudentiel se révèle, en réalité, insoutenable, et cela même si cette interprétation de la décision de la Cour pourrait trouver un appui textuel dans un passage un peu ambigu de sa motivation. L'ambiguïté découle probablement du fait que la Cour effleure dans ce jugement des questions fondamentales, qui révèlent les limites épistémologiques du paradigme officiel, mais sans se rendre parfaitement compte de tous les enjeux concernés par sa décision.

Dans le passage dont il est ici question, la Cour constitutionnelle observe que lorsqu'une personne saine et mûre d'esprit a un doute sur la nature pénale d'un comportement, elle doit résoudre cet état d'incertitude “à travers l'exacte et complète connaissance de la loi pénale ou, en cas de doute invincible, s'abstenir d'agir” (§ 28). La Cour aborde ici la question du doute dans une perspective *subjective* (la démarche argumentative sous-jacente est la suivante: il existe *une* norme pénale dans l'ordre juridique; le citoyen qui n'a pas de problème de socialisation ou d'intelligence est obligé de faire tout son possible pour connaître cette norme; si son état initial de doute n'a pas disparu, il doit s'abstenir d'agir). Or, il est évident que cette perspective n'est pas adéquate pour aborder le problème de l'erreur du droit engendrée par un conflit de jurisprudence. Cette

⁸⁹ Cette jurisprudence restrictive semble avoir le soutien des *Sezioni unite* qui, dans un arrêt mentionné *supra* à la note 67, ont expressément soutenu que, pour que l'erreur de la loi pénale soit excusable, il faut que le citoyen ait été convaincu du caractère licite de son action par un “comportement positif des organes administratifs ou d'un courant jurisprudentiel dans l'ensemble incontesté” (principe confirmé, ensuite, par Cass. sez. VI, 6.12.1996, Manzi, in *C.E.D.* n° 208186 et par Cass. sez. III, 17.12.1999, Del Cuore, in *Cassazione penale*, 2001, p. 2099). Il serait possible de dégager, de ce passage de l'arrêt des *Sezioni unite*, la directive implicite selon laquelle en l'absence d'une jurisprudence globalement homogène – en d'autres termes, lorsqu'il y a un conflit de jurisprudence – l'erreur du droit ne serait pas excusable. Cette conclusion n'est cependant pas aussi évidente qu'il n'y paraît à première vue. A l'analyse de ce jugement, on se rend compte que les *Sezioni unite* ont donné une solution au cas d'espèce qui se rapproche plus de la jurisprudence analysée dans le paragraphe précédent qu'au courant jurisprudentiel qui propose une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle moins favorable à l'accusé (certes, dans cette affaire, le caractère licite du comportement du constructeur de bâtiments était induit par des actes de certains organes de l'administration publique, mais – quant à la position de la jurisprudence – il n'y avait pas un courant interprétatif homogène au sein de la Cour de cassation, mais plutôt un conflit de jurisprudence persistant même après la décision des *Sezioni unite*, 31.1.1987, Giordano, in *Foro italiano*, 1989, II, c. 297 s. qui l'avait résolu dans un sens favorable à l'accusé).

question relève essentiellement des caractéristiques *objectives* du droit, à savoir la présence, au moment des faits, d'une *antinomie*. Cela étant, le problème éthico-juridique est de savoir si le citoyen doit ou non subir les conséquences défavorables de cet état du droit.

A la question ainsi redéfinie, le jugement de la Cour semble apporter une réponse suffisamment claire. En effet, tout de suite après la phrase citée, la Cour fait une allusion, à la hâte et entre parenthèses, il est vrai, à une autre hypothèse, celle du "doute objectif insoluble". Ce cas de figure – précise la Cour – se vérifierait lorsqu'"en agissant ou en n'agissant pas on encourt, également, une sanction pénale" (*ibidem*). Or, c'est dans cet extrait – un peu obscur, on en conviendra – qu'il faut chercher une indication utile pour résoudre le problème du doute déterminé par un conflit de jurisprudence. Ce passage, nous semble-t-il, suggère que l'état d'incertitude produit par un conflit de jurisprudence doit être considéré comme une hypothèse de doute "objectif insoluble". Etant donné la présence d'une divergence interprétative au sein de la jurisprudence, le citoyen ne pourra jamais savoir à l'avance si son comportement sera ou non considéré comme une infraction par le juge qui devra se prononcer sur son cas. Il en découle que l'extrait cité de la Cour constitutionnelle doit être interprété dans le sens qu'il y a un doute objectif insoluble non seulement – comme elle le dit expressément – quand le fait d'agir ou de ne pas agir entraîne toujours une condamnation, mais aussi quand le fait d'agir ou de ne pas agir comporte le *risque* d'encourir une sanction en raison d'une antinomie existant dans le champ pénal au moment des faits.

En vérité, le courant interprétatif "*in dubio abstinere*" et les ambiguïtés contenues dans le jugement de la Cour constitutionnelle ne font que confirmer les limites théoriques et les incertitudes opérationnelles qui découlent de l'emploi d'une catégorie subjective comme celle de l'*error juris* pour essayer de faire face à un problème qui est, au contraire, essentiellement "objectif", c'est-à-dire lié à l'état du *droit* au moment de l'accomplissement du fait.

6.2.2. Le courant "insouciant" à l'égard des effets dans le temps du droit jurisprudentiel

A côté de cette jurisprudence fondée sur l'article 5 du Code pénal, un certain nombre de jugements poursuit l'approche traditionnelle qui ne tient pas compte des effets dans le temps des décisions juridictionnelles. Deux d'entre eux sont particulièrement significatifs. Le premier est relatif au thème du revirement de jurisprudence *in malam partem*; l'autre concerne la question du conflit de jurisprudence.

Avec la première décision, les juges de la Cour de cassation renversent la règle jurisprudentielle établie deux ans auparavant par les *Sezioni unite* de la même

Cour, sans se poser la question de l'effet rétroactif *in pejus* de la nouvelle norme⁹⁰. Il s'agissait de décider si la construction d'un bâtiment, sur la base d'un permis de bâtir ("*concessione edilizia*") illégitime, pouvait être assimilée à une construction sans permis. Saisies à cause de la présence de ce conflit jurisprudentiel, les *Sezioni unite* avaient suivi le courant *in bonam partem*, en rejetant l'argument opposé selon lequel l'illégitimité du permis aurait déterminé l'inexistence de l'acte administratif et, donc, l'existence de l'infraction prévue à l'article 17*b* de la loi 10/77. Pour les *Sezioni unite*, en effet, la déclaration du juge administratif de l'illégitimité du permis de bâtir n'entraîne pas, en tant que telle, l'inexistence du permis en question. Pour qu'on puisse parler d'absence de l'acte, il faudrait que celui-ci ait été rendu par un organe absolument dépourvu de pouvoir administratif ou bien qu'il soit le fruit d'une activité criminelle du fonctionnaire. Or, seulement deux ans après cette décision, la troisième chambre de la Cour de cassation propose à nouveau, dans une motivation longue et argumentée, l'interprétation *in malam partem* rejetée par les *Sezioni unite*. Indépendamment du bien fondé de l'argumentation de la Cour, ce qui frappe dans ce jugement c'est la négligence totale avec laquelle est traitée la question de la rétroactivité de la norme défavorable et, donc, de la protection de la confiance du citoyen sur le droit en vigueur au moment des faits.

Quant à la seconde décision, il s'agissait de résoudre un conflit de jurisprudence qui portait sur l'article 1, alinéa 6 de la loi n. 516/82 en matière de droit pénal fiscal⁹¹. Le courant plus favorable à l'accusé – qui semblait avoir rencontré les faveurs de la Cour constitutionnelle⁹² – estimait que toute imperfection ou irrégularité des écritures comptables n'était pas qualifiable d'infraction. Pour ce faire, il fallait une irrégularité capable d'altérer la fidélité du document ("*fattispecie di pericolo concreto*"). L'autre courant considérait que de l'article en question on devait dégager aussi une norme de "*pericolo astratto*", à savoir l'incrimination du simple retard du timbrage des écritures. Les *Sezioni unite* adhèrent à l'interprétation *in malam partem*, en appuyant leur raisonnement sur un argument tiré de la lettre de la norme. Selon les juges, la présence de ces deux préceptes ("écritures comptables non timbrées", considérées comme non tenues, et écritures "entièrement non fiables à cause d'irrégularités graves, nombreuses et répétées") serait clairement suggérée par la présence de la conjonction "*nonché*" ("ainsi que"). Celle-ci, suivant la Cour, "sépare les deux préceptes" et "signale la présence d'une césure nette dans la disposition normative"⁹³. Aucune référence

⁹⁰ Il s'agit de l'arrêt de la IIIème chambre de la Cour de cassation, 9.1.1989, Bisceglia, déjà cité *supra* à la note 19, qui renverse le dispositif de Cass. S. U., 31.1.1987, Giordano, cité à la note précédente. Même la courte note critique de C. M. Barone – qui nous fait savoir que la grande majorité de la doctrine était favorable à la solution des *Sezioni unite* – n'aborde pas le problème de la rétroactivité de l'*overruling*.

⁹¹ Cass. S. U., 8.4.1998, D'Andrea, in *Indice penale*, 1999, p. 231 s., avec un commentaire de A. Melchionda, "I labili confini", *op. cit.*

⁹² C. cost., ord. 18.7.1989, n. 437, in *Foro italiano*, 1990, I, c. 802 s.

⁹³ Cass. S. U., 8.4.1998, D'Andrea, *cit.*, p. 234.

n'est faite au problème de l'effet rétroactif de cette décision qui avalise l'interprétation défavorable⁹⁴.

7. *Penser autrement*

Les faiblesses théoriques et les ambiguïtés opérationnelles de l'hypothèse *ad hoc* de l'*error juris* nous suggèrent de porter un regard différent sur la problématique de la temporalité du droit jurisprudentiel. Cette mutation de perspective visuelle présuppose une *rupture épistémologique* à l'égard des fondements théoriques du paradigme officiel. Il s'agit, notamment, de "rompre" avec la tradition moniste du légalisme moderne et de briser la dichotomie *application-crédation* du droit qui est à la base de la séparation nette entre *législation* et *juridiction*. En effet, comme on l'a vu, ces postulats théoriques créent un champ disciplinaire dans lequel le phénomène de la rétroactivité de la norme jurisprudentielle n'est pas perceptible, car il n'est pas une modalité admissible du paradigme. Cet effet de réalité des formes juridiques révèle clairement le *paradoxe* qui fragilise la modernité pénale: trop de souci pour la légalité (formelle) affaiblit la légalité (substantielle)⁹⁵.

Pour pouvoir penser véritablement le phénomène de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle il faut, donc, ouvrir la citadelle pénale au pluralisme et à la complexité. Plus précisément, il faut redéfinir le fondement du paradigme moderne, à savoir le *principe de la légalité*. Celui-ci doit abandonner la logique pure de sa naissance et accepter une refondation hybride de son identité qui intègre la jurisprudence dans la notion de "droit pénal". Refusant le monopole moderne de la loi, le pénaliste devrait reconnaître la jurisprudence comme une source, non seulement *inévitabile*, mais aussi *légitime*, du droit pénal. Ce *renversement gestaltiste* engendre un changement du cadre problématique de la communauté scientifique. Après la rupture épistémologique, le droit jurisprudentiel ne sera plus

⁹⁴ Bien évidemment, le juge de renvoi pouvait toujours se conformer à la décision de la Cour et constater, ensuite, que l'accusé se trouvait dans une situation d'erreur inévitable en raison du fait qu'au moment du *commissi delicti*, pour une partie de la jurisprudence, cette norme n'*existait* pas. En ce qui concerne le silence du jugement des *Sezioni unite* sur ce point, A. Melchionda, "I labili confini", *op. cit.*, p. 266, note que "tous les arrêts qui finissent, comme dans le cas d'espèce, par "élargir" les confins de l'incrimination précédemment fixés" par certains courants interprétatifs, soulèvent des problèmes sérieux quant à leur "compatibilité avec le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale".

⁹⁵ Voir aussi, pour une telle remarque, S. Riondato, "Retroattività", *op. cit.*, p. 256, qui rappelle la critique – restée lettre morte – de P. Nuvoletto, "Il momento penale", in *Archivio penale*, 1946, vol. II, pt. I, p. 280, quant au "dogme du légalisme, qui limite *a priori* la matière de la science" et qui prétend la fonder sur des "bases si fragiles et dangereuses comme celles de la loi écrite qui, d'ailleurs, n'offre au citoyen aucune garantie substantielle à l'encontre des actes arbitraires de l'Etat". Voir aussi la critique de F. Antolisei, "Il giudice penale e la legge", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1940, p. 480, sur la "tendance de la dogmatique à s'attarder sur des positions vieillies et insoutenables", finissant par "comprimer la réalité dans les cages de ses constructions, niant, comme il arrive souvent, l'évidence".

perçu comme une *anomalie* qui doit être éradiquée ou, faute de mieux, tempérée par la stratégie des hypothèses *ad hoc*. Il sera considéré, au contraire, comme une composante physiologique et licite du champ pénal qu'il faut gérer d'une façon satisfaisante, c'est-à-dire de manière conforme avec l'impératif de *justice* qui est sous-jacent à notre forme de vie libéral-démocratique⁹⁶.

Une démarche de ce genre a été suivie, depuis des années, par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci considère la notion de "loi", prévue dans l'intitulé de l'article 7 de la Convention européenne ("pas de peine sans loi"), comme englobant "le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle"⁹⁷. D'après les juges de Strasbourg, l'écriture judiciaire du droit aurait la fonction de "compléter" l'écriture législative du droit pénal⁹⁸. Grâce à cette écriture contextuelle du droit, la jurisprudence peut s'avérer un instrument précieux de réduction de l'incertitude sémantique des textes législatifs. En effet, observe la Cour, de "nombreuses lois se servent par la force des choses de formules plus au moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation". Etant donné cette incomplétude nécessaire des lois, les juridictions peuvent jouer un rôle important de réduction des "doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne"⁹⁹.

Cette redéfinition du principe de la légalité – qui ne peut qu'avoir des répercussions sur le droit interne des pays membres du Conseil d'Europe¹⁰⁰ et vis-à-vis de laquelle la Cour constitutionnelle italienne ne se montre pas complètement insensible¹⁰¹ – permet de donner une réponse plus pertinente à la

⁹⁶ Voir sur cette rupture épistémologique, *amplius*, M. Vogliotti, "La "rhapsodie"", *op. cit.*, p. 151 s.

⁹⁷ Cette redéfinition du principe de la légalité, après une période pendant laquelle la Cour semblait distinguer les systèmes de *common law* des systèmes de *civil law* (arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979 et *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984), a été étendue sans hésitation à tous les pays membres du Conseil de l'Europe, à partir de la fin des années quatre-vingts (voir, par exemple, les arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France* du 24 avril 1990 et, plus récemment, l'arrêt *Cantoni c. France*, du 15 novembre 1996, § 29). Comp., pour une analyse approfondie de la jurisprudence qui s'est formée à propos de l'article 7 de la Convention, A. Bernardi, "Nessuna pena senza legge", in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sous la dir. de S. Bartole, B. Conforti et G. Raimondi, Padova, Cedam, 2001, p. 249 s.

⁹⁸ Comp., entre autres, les arrêts *Müller et autres c. Suisse*, du 24 mai 1988, § 29 et *Kokkinakis c. Grèce*, du 25 mai 1993, § 40.

⁹⁹ *Cantoni c. France*, *cit.*, §§ 31 et 32.

¹⁰⁰ En effet, dans le cas d'une application rétroactive d'une nouvelle norme jurisprudentielle, le citoyen peut s'adresser à la Cour européenne pour demander la condamnation de l'Etat responsable de la violation de l'article 7 de la Convention. A ce propos, S. Riondato, "Retroattività", *op. cit.*, p. 255, note que, grâce à cette conception européenne du principe de la légalité, l'interdit de la rétroactivité d'une norme jurisprudentielle défavorable trouve déjà, *de jure condito*, une certaine sanction.

¹⁰¹ En effet, la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle doit juger si une certaine norme législative est conforme au principe de "stricte légalité" ("*tassatività della fattispecie*"), ne se limite pas à considérer la norme *in abstracto*, mais s'efforce de faire référence à l'interprétation

question de l'effet *ex tunc* de la norme jurisprudentielle défavorable. En effet, l'attribution à la jurisprudence du rôle de "co-écrivain" du droit pénal ne peut qu'entraîner l'extension, à cette source aussi, des règles qui gouvernent la temporalité de la loi pénale. Une fois acceptée une conception hybride du droit pénal, les principes élaborés pour le problème de la succession des *lois* dans le temps (la seule forme de *droit* pénal concevable pour l'ancien paradigme) doivent être appliqués aussi au droit pénal jurisprudentiel. Le phénomène – impensable – de la rétroactivité de la norme judiciaire *in malam partem* devient ainsi évident et susceptible d'être maîtrisé par les instruments du nouveau paradigme.

7.1. L'hypothèse du conflit synchronique de jurisprudence

Suite à cette redéfinition du principe de la légalité, le conflit de jurisprudence doit être considéré comme une véritable *antinomie*. Contrairement à la nature essentiellement subjective de la catégorie de l'*error juris*, ici la condition psychologique du destinataire de la norme pénale ne joue aucun rôle. La solution de la question juridique dépend seulement de l'état objectif du droit en vigueur au moment des faits. Si à l'instant "t₁" (*tempus commissi delicti*) deux normes contradictoires ($p \wedge \neg p$) s'affirment dans le champ pénal, le juge ne peut pas appliquer, en "t₂", la norme défavorable. Il pourra seulement déclarer que cette dernière possède, à son avis, un fondement juridique plus solide¹⁰². Cet interdit découle de l'axiome éthique qui inspire notre forme de vie pénale, c'est-à-dire le principe libéral du *favor rei*. Au contraire, le courant jurisprudentiel majoritaire "*in dubio abstine*" révèle clairement adhérer à une axiologie opposée, qui attribue la supériorité de l'intérêt à la punition sur la valeur de la liberté.

Cet encadrement juridique du problème du conflit de jurisprudence permet la stabilisation de l'interprétation *in melius*. Deux facteurs peuvent, toutefois, mettre en cause la suprématie temporelle de la norme favorable: le jugement du juge supérieur (les *Sezioni unite* de la Cour de cassation dans le cas d'un conflit au sein de la jurisprudence de cassation) ou l'interprétation authentique du législateur. En effet, en cas de divergence interprétative au sein de la jurisprudence, les *Sezioni unite* (passivement) ou le législateur (activement) peuvent intervenir pour résoudre

jurisprudentielle de la règle en question. Si le "*diritto vivente*" (c'est-à-dire, l'interprétation dominante dans la jurisprudence) réduit à un niveau raisonnable le "flou" du texte législatif, la Cour ne déclare pas l'inconstitutionnalité de la norme. Voir, par exemple, l'ord. 9.1.1989, n. 11, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 26 s., l'arrêt 16.5.1989, n. 247, in *Cassazione penale*, 1989, p. 1652 s. et les observations de F. C. Palazzo, "Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 349 s. Cette position herméneutique de la Cour, ouverte à la dimension *in action* de la légalité, pourrait être étendue aussi à l'hypothèse de la violation du principe de la non-rétroactivité par un *overruling in malam partem*. Techniquement, elle pourrait interpréter – en suivant, la démarche de son collègue européen – le mot "loi" de l'article 25 de la Constitution italienne, dans le sens de "la loi concrète", telle qu'elle résulte de l'interprétation des tribunaux.

¹⁰² Ce propos pourra avoir un effet sur l'évolution du droit. Voir, par exemple, même si dans la perspective de l'*error juris*, Pret. Reggio Emilia, 26.10.1989, Petrocelli, *cit.*, c. 420 s.

l'antinomie. Or, rien n'empêche que ces deux auteurs du droit pénal choisissent la norme défavorable. Dans ce cas, toutefois, la "nouvelle" norme ne pourra être appliquée que pour l'avenir.

Le régime juridique qui régleme ces deux normes d'origine différente n'est cependant pas le même. En effet, le choix du législateur lie les juges, celui du juge supérieur, au contraire, ne les lie pas. Le système juridique italien ne connaît pas le principe du précédent obligatoire¹⁰³ et, par conséquent, les juges pourront toujours, en principe, s'écarter de l'interprétation fournie par le juge supérieur. La force du performatif de ce dernier est directement proportionnelle à l'intensité de ces deux variables: a) l'autorité ("*autorevolezza*", en italien) de la décision (liée aux qualités éthiques et intellectuelles des juges et à la qualité de la motivation); b) le degré de consensus axiologique au sein de la communauté juridique. Si celle-ci est traversée par un clivage éthique, le taux de stabilité du jugement des *Sezioni unite* sera fatalement faible. De toute façon, la "désobéissance" éventuelle de certains juges ne pourra jamais se répercuter négativement sur l'accusé, qui bénéficiera, au contraire, de la nouvelle proposition de la norme *in bonam partem* par le juge dissident.

7.2. L'hypothèse du conflit diachronique de jurisprudence

Dans le cas d'un revirement de jurisprudence, le changement de paradigme semble imposer, *prima facie*, des solutions claires et simples. Une fois considérée la jurisprudence comme source du droit pénal, les principes qui régleme la temporalité de la loi doivent être étendus aussi à l'écriture judiciaire. Par conséquent, le juge qui décide de changer l'interprétation de la loi *in malam partem* est tenu à respecter le principe de la non-rétroactivité¹⁰⁴. Celui-ci lui impose deux directives qui rappellent la logique du *prospective overruling*. D'un côté, le juge ne peut pas appliquer la nouvelle règle au cas d'espèce, mais doit se limiter à l'*énoncer*. Si, après une certaine période de probable coexistence des deux normes jurisprudentielles, les *Sezioni unite* de la Cour de cassation avalisent la nouvelle norme défavorable, celle-ci pourra être appliquée aux cas futurs¹⁰⁵. Toutefois, si l'arrêt des *Sezioni unite* n'arrive pas à engendrer un courant

¹⁰³ En Italie, A. Cadoppi, "Il valore del precedente", *op. cit.*, s'est récemment déclaré favorable à l'introduction du principe du précédent obligatoire dans le domaine pénal. Nous avons soulevé quelques doutes à propos de cette proposition dans l'essai "La "rhapsodie"", *op. cit.*, p. 177, note 84.

¹⁰⁴ Les mêmes considérations valent aussi dans l'hypothèse du *casus novus* analysée au § 6.1.3. (ici il ne s'agit pas d'un changement de jurisprudence *in malam partem*, mais de la "création" d'une norme pénale qui, étant "nouvelle", ne pourra pas être appliquée rétroactivement au cas d'espèce).

¹⁰⁵ Il est évident que l'affirmation de cette nouvelle norme pourra être empêchée par l'écriture juridique provenant d'autres auteurs, comme le législateur, la Cour constitutionnelle (qui pourrait, par exemple, déclarer la loi inconstitutionnelle pour violation du principe de "*tassatività*") et la Cour européenne des droits de l'homme, qui pourrait considérer la nouvelle norme pénale d'origine jurisprudentielle comme contraire à certains droits de la Convention européenne (cette décision finira par conduire les juridictions internes à changer jurisprudence pour éviter de s'exposer à d'autres censures).

interprétatif uniforme mais, au contraire, suscite un nouveau conflit de jurisprudence, les juges successifs devraient prendre acte de l'existence d'une antinomie et appliquer, comme dans l'hypothèse précédente du conflit synchronique, la norme plus favorable¹⁰⁶. De l'autre côté, le juge qui dit le nouveau droit doit décider le cas d'espèce à l'aune de la norme plus favorable qui était en vigueur au moment des faits.

La même logique devrait inspirer aussi la réponse juridique au revirement *in bonam partem*. En analogie avec le principe de la succession des lois dans le temps, la consolidation d'une jurisprudence dépénalisante (normalement suite à l'aval des *Sezioni unite*) devrait produire ses effets dans le passé jusqu'à permettre l'annulation des décisions précédentes qui s'étaient fondées sur la norme *overruled*¹⁰⁷.

Cet encadrement juridique de l'*overruling* n'est pas en mesure de répondre, toutefois, à tous les problèmes soulevés par ce phénomène. En effet, au moins deux autres questions fondamentales se posent encore: a) *qu'est ce qui* fait qu'on puisse dire qu'un *changement* du droit s'est vérifié?; b) *quand* peut-on dire que ce changement a eu lieu?

7.2.1. Le problème du *changement*: "quid?"...

La réponse à cette question théorique revêt une importance fondamentale, car l'application des règles relatives à la succession du *droit* pénal est subordonnée, évidemment, à la vérification d'un changement du droit. Or, comme le savent les juristes de *common law*¹⁰⁸, la mutation du droit n'est pas une donnée qui s'impose d'une façon objective et évidente. Comme le note S. Fish, "c'est une erreur de penser au changement ou à l'absence de changement comme à quelque chose qui peut être vérifié par un simple (non médiat) acte d'observation empirique". En effet, "le fait du changement, comme n'importe quel autre fait, est irrémédiablement interprétatif"¹⁰⁹.

Entre les deux pôles représentés par une application qui appartient, au-delà du doute raisonnable, à la règle et une application qui ne peut plus être raisonnablement considérée comme une application de la même règle, il y a tout un champ flou de situations interprétatives qui peuvent être présentées aussi bien comme des occurrences d'un *type* normatif que comme des occurrences d'un autre

¹⁰⁶ Pour S. Riondato, "Retroattività", *op. cit.*, p. 254, au contraire, "la simple présence du changement jurisprudentiel est suffisante pour "légitimer" l'emploi de la nouvelle signification en relation à des faits commis après le changement en question". Il tempère toutefois cette affirmation, en faisant référence au correctif subjectif de l'erreur de droit, qui pourra être utilisé par le juge dans le cas d'un conflit de jurisprudence.

¹⁰⁷ La même opinion est également proposée par S. Riondato, *ibidem*.

¹⁰⁸ Dans un système de droit jurisprudentiel officiellement organisé selon le principe de *stare decisis*, la question fondamentale de savoir si une décision respecte le précédent ou le modifie ne pouvait que catalyser l'attention des juristes sur le problème du changement et de la persistance de la norme judiciaire. Comp., sur ce thème complexe, U. Mattei, *Common law, op. cit.*, p. 229 s.

¹⁰⁹ S. Fish, "Changement", in *Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit* (1989), Diegem – Paris, Story-Scientia – LGDJ, 1995, p. 108.

type normatif. Cette nature floue du changement est bien illustrée par le paradoxe du *sorite*. Prenez un tas (“*soros*”, en grec) de sable et commencez à en enlever, un après l’autre, les grains. A un certain moment vous commencerez à vous apercevoir que le tas de sable s’est transformé en quelque chose d’autre qu’un tas de sable, jusqu’au moment où il n’y aura plus rien devant vous. Or, l’instant où l’objet change de nature (tas de sable – absence du tas de sable) ne peut pas être fixé de façon certaine. Il n’y a pas un critère objectif qui permette d’identifier le grain responsable du changement. De manière analogue, il n’y a pas un critère métatextuel qui permette de tracer une ligne nette entre une application qui reste encore à l’intérieur de la règle et une application qui ne peut plus être considérée comme appartenante à la règle.

La nature *inter-prétative* du changement révèle que celui-ci est le résultat de la dialectique entre *constatation* et *constitution*. Le changement n’est pas une “chose” qui attend seulement d’être constatée par le juge, mais un fait interprétatif qui demande à être reconnu et donc, en partie, constitué par le juge. La reconnaissance d’un fait comme un changement ne peut que dépendre “de la conception qu’une communauté a d’elle-même, de l’histoire qu’elle raconte sur elle-même et de sa façon de se conformer aux actions des membres qui la composent”. Dans le domaine du droit, les juges, pour des raisons qui sont liées à la perception et à la représentation de leur rôle institutionnel ainsi qu’à la légitimation de leur travail, feront “presque tout pour éviter de renverser un précédent”. En effet, “le vrai problème du travail juridique est qu’il exige de ses praticiens de voir la continuité là où d’autres, qui ont moins d’intérêt pour cette entreprise, pourraient se sentir libres de voir du changement”¹¹⁰.

En ce qui concerne notre sujet, cette tendance à privilégier les raisons de la continuité sur celles du changement peut déterminer une réduction sensible de la sphère d’application du principe de la non-rétroactivité. En effet, le juge, en exploitant les ressources de l’*art of distinguishing*, peut élargir les confins sémantiques de la norme pénale et présenter sa décision comme n’étant qu’une application particulière de la vieille règle. Cette démarche – soutenue théoriquement par la nature interprétative et floue du changement – lui permet de soustraire sa “nouvelle” règle à l’interdit de la rétroactivité du droit *in malam partem*. Cette marge de manœuvre est un bon exemple d’un autre paradoxe, celui des “hiérarchies enchevêtrées”¹¹¹: le juge, qui selon la hiérarchie officielle, devrait se limiter à constater le changement et à appliquer le principe de la non-rétroactivité, détermine, en bonne partie, les conditions d’applicabilité du principe en question. Les deux niveaux hiérarchiques qu’on supposait être bien définis (la règle de la non-rétroactivité et la décision du juge) s’entrelacent ainsi de façon inattendue.

Cela dit, il y a des cas dans lesquels les raisons de la continuité cèdent le pas devant les raisons du changement. Cette hypothèse se vérifie, notamment, lorsque la dilatation du champ sémantique de la règle a atteint des niveaux tels qu’un élargissement interprétatif ultérieur de ses frontières n’est plus raisonnablement

¹¹⁰ S. Fish, “Changement”, *op. cit.*, pp. 108-109.

¹¹¹ D.R. Hofstadter, *Gödel*, *op. cit.*, p. 799 et *passim*.

présentable comme une application de la même règle. Toutefois, à côté de cette raison liée – pourrait-on dire – à la logique interne du changement, on peut imaginer aussi que celui-ci soit énoncé pour d'autres types de raisons, comme, par exemple, la volonté du juge de véhiculer, à travers son revirement, un message de contenu éthique.

Un bon exemple de cette fonction symbolique du changement est présent, nous semble-t-il, dans une affaire anglaise sur laquelle a dû se prononcer la Cour européenne des droits de l'homme¹¹². Il s'agissait de savoir si la condamnation d'un homme pour le viol de sa propre femme ne se heurtait pas au principe de la non-rétroactivité prévu à l'article 7 de la Convention européenne, dès lors que cette décision se fondait, d'après le requérant, sur un revirement de la règle jurisprudentielle qui prévoyait le principe de l'immunité conjugale. Cette règle reposait sur un précédent énoncé par Sir Matthew Hale, *Chief Justice*, dans un ouvrage de 1736: "l'époux ne peut être coupable d'un viol commis par lui-même sur sa femme légitime car, de par leur consentement et leur contrat de mariage, l'épouse s'est livrée à son époux et ne peut plus se rétracter". Alors que le requérant excipait la validité de ce précédent au moment où les faits s'étaient déroulés (septembre 1990), le juge anglais saisi de l'affaire répondait négativement, se fondant sur un jugement de la *Court of Appeal*, successif aux faits, qui avait supprimé cette "fiction de la *common law* devenue anachronique et offensante" (§11). Selon le juge, la règle de l'immunité "s'est effritée peu à peu au fil des décisions judiciaires, en particulier au cours des trente à quarante dernières années, au point qu' [...] elle n'a plus cours" (§ 15).

Au cours des années, les assouplissements à la règle jurisprudentielle s'étaient en effet multipliés. Suite à l'action de cet érosion du temps, le fait justificatif du consentement tacite découlant du mariage ne pouvait plus être invoqué par le mari dans tous les cas où on pouvait inférer que ce consentement n'était plus présent. D'après certains jugements, outre l'hypothèse de l'intervention d'une décision judiciaire, la "révocation" du consentement aux relations sexuelles pouvait ressortir aussi d'un accord, explicite ou implicite, entre les époux. Or, dans le cas d'espèce, le juge aurait pu présenter sa décision comme une autre application particulière de la règle de l'immunité. Les "faits" ne l'en empêchaient pas. En effet, avant l'acte qualifié de viol et après une période de fortes tensions entre les époux, la femme avait dit à son mari que, "depuis quelques semaines, elle songeait à le quitter et qu'elle considérait le mariage comme ayant pris fin". Avant cette date ils avaient fait chambre à part une nuit, selon le requérant; cinq nuits, d'après sa femme. Suite à cette rupture unilatérale du lien matrimonial, une querelle éclata suite à laquelle le mari "jeta dehors [sa femme], lui meurtrissant le bras". La police se rendit sur les lieux et, après avoir parlé séparément au requérant et à son épouse, celle-ci "réintégra le domicile conjugal et le requérant eut des rapports

¹¹² Arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*, du 22 novembre 1995 (un arrêt analogue en cause *C. R. c. Royaume-Uni* a été rendu à la même date). Voir, pour un commentaire critique de ce jugement, S. Van Drooghenbroeck, "Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale" in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1996, p. 463 s.

sexuels avec elle” (§8). Peu après elle quitta la maison et dénonça avoir été violée sous la menace d’un couteau.

On voit bien que, d’après cette narration des faits résultant du jugement de la Cour européenne, le juge anglais aurait pu suivre la vieille règle de l’immunité, en précisant que dans le cas d’espèce ce fait justificatif – toujours valide – ne pouvait pas être excipé en raison de la dissolution de son fondement juridique (prouvée *per facta concludentia*), à savoir le consentement tacite aux relations sexuelles. Or, bien que le juge aurait pu adopter la stratégie de la continuité, il a décidé de suivre la voie, juridiquement plus risquée, du changement. Ce qui l’exposait plus facilement à la critique d’avoir violé le principe de la non-rétroactivité du *droit pénal in malam partem*. Toutefois, aux yeux du juge, reprendre formellement la vieille règle de l’immunité avait l’inconvénient de véhiculer une image de cette portion du droit anglais qui n’était absolument plus conforme au cadre axiologique de la société anglaise de l’époque. Cette fonction symbolique de l’écriture judiciaire du droit est évidente dans la motivation du jugement de la *Cour of Appeal*, déjà cité, qui énonce l’*overruling*: “il nous apparaît que lorsque la règle de la *common law* ne représente plus en rien la véritable position d’une épouse dans la société d’aujourd’hui, le tribunal a le devoir de prendre des mesures pour modifier la règle, s’il peut légitimement le faire, eu égard aux dispositions pertinentes adoptées par le Parlement” (§11)¹¹³.

7.2.2. ... et “quando?”

Une fois le changement *constaté-constitué*, se pose la question de savoir quand celui-ci s’est vérifié. C’est à partir de la fixation de ce moment “*t₀*” qu’on pourra, ensuite, orienter la flèche du temps pénal selon les directives découlant du principe de la non-rétroactivité. Or, la réponse à cette question ne va pas de soi. Elle dépend de la conception qu’on a du principe de la légalité.

Selon la version officielle de celui-ci, le *dies a quo* du changement ne peut coïncider qu’avec l’instant de l’entrée en vigueur de la nouvelle loi. Etant donné l’équivalence “droit pénal = loi”, seule cette forme d’écriture juridique est censée pouvoir modifier le droit pénal. Au contraire, l’adoption d’une conception hybride du principe de la légalité, qui intègre la jurisprudence dans la notion de *droit pénal*, oblige de reconsidérer la temporalité du changement. Celle-ci ne sera plus seulement liée à la date de naissance de la loi, mais aussi au moment de la publication du jugement qui est censé contenir l’*overruling* (celui-ci peut être soit directement énoncé par le juge saisi de l’affaire soit constitué par le performatif du juge supérieur dans le cas où le premier juge, suivant la stratégie de la continuité, ne l’énonce pas).

¹¹³ La définition législative du viol était la suivante: “rapports sexuels illégitimes avec une femme non consentante au moment desdits rapports”. Selon l’interprétation traditionnelle, le mot “illégitime” aurait confirmé la thèse de Hale qui excluait du viol les rapports sexuels dans le mariage. Quant à la Cour d’appel, au contraire, ce terme constituait dans la définition du viol une simple redondance qui n’empêchait pas de “supprimer une fiction de la *common law* devenue anachronique et offensante” (§ 11).

Ces deux conceptions du principe de la légalité assurent au “*quando*” du changement un ancrage solide, clairement reconnaissable¹¹⁴. Que ce soit la publication de la loi ou de la décision, le temps du changement est lié à un indicateur formel: le texte *écrit* de ces deux matrices du droit. Celui-ci représente la frontière qui permet de séparer l’avant de l’après de l’horloge pénale.

Or, cette approche formelle et binaire de la temporalité du changement n’a pas été suivie par la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire anglaise qu’on vient de rappeler. Dans cette décision, en effet, la Cour n’a pas lié le changement à l’indicateur formel de la publication du jugement anglais, ce qui l’aurait obligée, très probablement, à reconnaître la violation du principe de la non-rétroactivité du droit pénal *in malam partem*. Pour elle, au fond, le “droit” pénal anglais avait déjà changé au moment des faits.

Cette conception floue de la temporalité pénale est cohérente avec la notion de légalité pénale élaborée par les juges de Strasbourg. D’après eux, le mot “loi” doit être interprété non seulement comme englobant le droit d’origine tant législative que jurisprudentielle, mais aussi “le droit écrit comme *non écrit*”¹¹⁵.

Cette référence au droit “non écrit”, dont les repercussions profondes sur le paradigme pénal n’ont pas été encore suffisamment étudiées, élargit énormément les frontières du principe de la légalité pénale. A travers cette catégorie, “scandaleuse” pour un juriste de *civil law*, la Cour réintroduit *officiellement* un des grands refoulés de la modernité juridique continentale. Celle-ci, inspirée par l’idée jusnaturaliste de l’existence de lois naturelles *écrites* dans la Raison, a fini par promouvoir un concept de droit réduit à un ensemble de *textes écrits*. On sait que le fruit juridique le plus important de l’Ecole du droit rationnel, la codification, a représenté – paradoxalement – l’étape fondamentale de transition du jusnaturalisme au positivisme. Considéré comme la transcription des lois de la Raison, le Code (et l’idéologie qui en était sous-jacente) ont fini par ostraciser l’*oralité* du domaine juridique.

Ce refoulement n’a jamais pu complètement empêcher l’émersion de cette catégorie à la surface des systèmes de *civil law*. Les formes du paradigme faisaient néanmoins obstacle à la perception du rôle effectif joué par cette face cachée du juridique. Dernièrement, au contraire, en analysant l’état du droit dans nos sociétés contemporaines, certains juristes ont relancé ce thème oublié¹¹⁶. Comme le souligne M. R. Ferrarese, l’oralité fait référence à la “constitution du sens du droit à travers des paroles non écrites, mais aussi à travers des faits, des attitudes ou à travers des renvois à quelque chose qui se situe au-delà des textes”. Ce quelque

¹¹⁴ Il est évident que cette solidité est relative dans l’hypothèse du revirement jurisprudentiel, car la temporalité de celui-ci dépend de la solution à la question, épistémologiquement floue, du “*quid*” du changement.

¹¹⁵ Arrêt *S. W. c. Royaume-Uni, cit.*, § 35 (c’est nous qui soulignons). Voir aussi, entre autres, l’arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, du 25 novembre 1996, § 40.

¹¹⁶ Voir, par exemple, M. R. Goodale, “Literate Legality and Oral Legality Reconsidered”, in *Current Legal Theory*, 1998, vol. 16, p. 3 s. et M. R. Ferrarese, “Il diritto globale tra oralità e scrittura”, in *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 159 s.

chose au-delà de la norme écrite peut être “un contexte d’oralité, comme il s’en produit, par exemple, dans le cadre de la négociation, ou une “factualité” qui l’intègre, ou la référence à des standards de caractère social, éthique ou politique”. Dans tous ces cas on est confronté à un “droit écrit-oral, dont le sens est en partie confié à l’écriture, mais sans que celle-ci puisse en contenir entièrement la signification”¹¹⁷.

Cette conception hybride du droit est à la base du jugement de la Cour européenne. Pour vérifier si la juridiction anglaise a respecté le principe de la non-rétroactivité, la Cour fait référence au droit écrit-oral en vigueur au moment des faits reprochés, c’est-à-dire à la définition législative du viol, à l’écriture jurisprudentielle et à certains standards éthiques tels “une notion civilisée du mariage” et le “respect de la dignité et de la liberté humaines” (§ 44).

Il est évident que l’adoption de cette conception floue du droit nécessite un correctif qui compense la perte du fondement matériel assuré par la logique de l’écriture. Pour qu’on puisse dire que “ce” droit était déjà changé au moment des faits, la seule référence à un indicateur d’ordre objectif n’est plus suffisant. C’est pourquoi la Cour, immédiatement après avoir énoncé sa définition du droit, introduit le critère *subjectif* de la “raisonnable prévisibilité” (§ 35). Si le citoyen, eu égard à la situation du *droit* au moment de son action (“t₁”), pouvait *raisonnablement prévoir* le contenu juridique de la décision du juge à “t₂”, le principe de la non-rétroactivité ne peut pas être invoqué. Le changement *constaté-constitué* à l’instant “t₂” par le performatif du juge pouvait être déjà *raisonnablement constaté-constitué* par l’accusé à “t₁”. Selon la Cour, étant donné le contexte juridique d’écriture et d’oralité au moment “t₁” (l’évolution de la jurisprudence “cohérente avec la substance” de l’infraction (§ 43) et l’évolution du cadre axiologique de la société), le citoyen pouvait-*devait*¹¹⁸ prévoir le contenu de la décision du juge¹¹⁹.

La référence à un jugement de type dialectique, constatatif et constitutif, s’explique par la position antiformaliste de la Cour. L’épistémologie qu’elle adopte l’empêche de s’en tenir à la fiction de la théorie déclarative de l’interprétation, selon laquelle le juge-interprète se limiterait à *dégager*, avec des effets naturellement *ex tunc*, le sens de la loi ou de la *common law*. La Cour ne dissimule pas l’activité partiellement reconstructive du sens du droit qui se déploie dans chaque application judiciaire de celui-ci.

¹¹⁷ M. R. Ferrarese, “Il diritto”, *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁸ En effet, dans l’économie de la décision de la Cour, le jugement de raisonnable prévisibilité est éthiquement orienté. La Cour ne se limite pas à faire référence à la prévisibilité “empirique” de la décision, mais se demande aussi si l’accusé *devait* prévoir qu’à l’instant “t₁” le *droit* (“juste”, “équitable”, pourrait-on dire) était déjà celui énoncé par le juge au moment “t₂”. Cette racine d’origine jusnaturaliste est évidente dans deux autres jugements de la Cour relatifs à l’article 7 de la Convention. Il s’agit des arrêts *K.-H.W. c. Allemagne* et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, dont la complexité ne nous permet pas de les présenter ici.

¹¹⁹ La composante subjective qui dominait la doctrine de l’*error juris* fait ici sa réapparition. Elle se greffe, toutefois, sur une conception du droit et sur une épistémologie juridique complètement différentes.

Dans le cadre de cette conception de la *jurisdictio*, si ce sens “nouveau” engendre des conséquences juridiques défavorables pour l’accusé, le problème de la violation du principe de la non-rétroactivité ne peut plus être évacué. Or, la Cour ne résout pas cette question à travers la fiction de la simple déclaration d’un sens entièrement contenu dans le texte de la loi, mais en admettant le rôle joué par le performatif du juge dans l’œuvre de détermination du droit écrit-oral. La validité de ce performatif (*rectius*: la possibilité d’appliquer au cas d’espèce la norme ainsi constatée-constituée) est subordonnée à la circonstance que l’accusé, au moment de son action, pouvait-devait constater-constituer ce droit écrit-oral qui sera fixé ensuite par l’écriture du juge. Dans la perspective juridique de la Cour, il n’y a plus de place pour la dichotomie moderne *émetteur-destinataires* passifs du droit. Celui-ci est le résultat de l’infinité des connexions qui se forment parmi tous les acteurs connectés au *réseau* juridique. A l’intérieur de ce réseau, même la perspective du simple citoyen finit par jouer un certain rôle dans l’œuvre collective de constitution du sens du droit. Le citoyen n’est plus seulement un pur destinataire de normes qu’il doit se limiter à connaître, mais aussi un sujet actif qui doit, en partie et avec les instruments dont il dispose, constituer le sens de ce droit écrit-oral. Son statut juridique finit ainsi par dépendre, dans une certaine mesure, de son activité de connaissance et de constitution du sens du droit.

Cette conception de la temporalité du changement montre que la Cour adopte la technique de la *balance des intérêts* même dans le domaine délicat du principe de la légalité. Le critère flou de la *raisonnable* prévisibilité révèle que la Cour est disposée à mettre sur sa balance les valeurs liées au principe de la non-rétroactivité avec d’autres valeurs considérées également importantes telles, dans le cas d’espèce, la protection de l’intérêt de la victime, la condition d’égalité et de liberté des époux, le respect de la dignité et de la liberté humaines. En effet, si la Cour avait voulu attribuer la suprématie absolue à l’intérêt de l’accusé, elle aurait dû ancrer le changement dans la décision *écrite* du juge, sans faire référence à la possibilité, pour le citoyen, de prévoir le contenu juridique de ce jugement. Et, en cas de doute sur la question du *quid* du changement, elle aurait dû appliquer le principe *in dubio pro reo*.

Pour les juges de Strasbourg, au contraire, le critère fondamental n’est pas celui-ci, mais le caractère *équitable* de la décision. De même que dans le cas d’une prétendue violation d’un droit procédural la Cour fait référence à la notion holiste du “procès équitable”, ici la Cour décide, à l’aune du concept de “décision équitable”, si le sacrifice partiel des droits de l’accusé peut être justifié, d’un côté, par la possibilité de constater-constituer, au moment des faits, le droit énoncé ensuite par le juge et, de l’autre côté, par la protection d’autres intérêts également fondamentaux. Il est évident que cette démarche requiert une grande prudence et un effort justificatif particulièrement rigoureux de la part du juge, qui doit toujours avoir à l’esprit les conséquences de sa décision sur la position juridique de l’accusé. En outre, cette approche du problème de la temporalité des jugements ne peut que s’appliquer à des infractions qui ont un clair contenu éthique, comme dans le cas du viol. La grande masse du droit pénal bureaucratique est incompatible avec le jugement de prévisibilité, car son sens est strictement lié à des actes d’écriture dont la compréhension est assez souvent très compliquée.

7.3. Les externalités positives de la rupture épistémologique

La redéfinition du principe de la légalité qu'on a proposée ici – et qui n'implique pas de partager complètement l'approche hétérodoxe de la Cour européenne sur la question du revirement¹²⁰ – est susceptible d'accroître le taux d'uniformité jurisprudentielle dans le système.

La coupure moderne du lien traditionnel de la jurisprudence avec le droit et la conception individualiste de l'application judiciaire de l'objet-loi, qui en est la conséquence naturelle, représentent un “obstacle épistémologique”¹²¹ qui voue à l'échec toute tentative de réduction de l'instabilité de la jurisprudence à des niveaux raisonnables¹²². La conception du principe de la légalité pénale comme monopole absolu de la loi – qui aurait dû assurer sécurité et égalité parmi les justiciables et empêcher l'arbitraire des juges – a fini par engendrer des effets contraires à ceux visés par le paradigme officiel. L'impossibilité (*théorique*, et non seulement pratique) de réduire l'ensemble du droit à l'écriture d'un seul Auteur, couplée à la solitude d'un juge-Hercule déconnecté du réseau des épiphanies judiciaires du *droit* pénal (devenues des simples “interprétations”), ne pouvaient que provoquer la co-présence de différentes lectures des mêmes lois, toutes revendiquant – simultanément et parfois en ignorant les interprétations des autres juges¹²³ – le statut de *right answers*. La religion moderne du respect de la (lettre de la) loi a ainsi produit la liturgie pernicieuse du non-respect de la jurisprudence. L'insistance sur l'éthique de la fidélité à l'égard de la loi a fini par rendre les juges *infidèles* à eux mêmes.

Au contraire, la conscience d'être une des composantes de la source judiciaire du droit devrait pousser chaque juge à abandonner la conception individualiste du rapport avec la loi, qui est une des raisons fondamentales de la fragmentation jurisprudentielle de celle-ci. Cette redécouverte du rôle de co-auteur du droit, joué par la magistrature dans son ensemble, révèle la nécessité d'institutionnaliser des formes de dialogue et de confrontation, à l'intérieur du corps des juges, afin de

¹²⁰ La conception hybride du principe de la légalité (considéré comme le résultat de la dialectique entre écriture et oralité) et la logique floue de la Cour européenne ne peuvent que scandaliser le pénaliste de *civil law*, éduqué à se méfier du droit jurisprudentiel et à vouer un culte aux formes législatives. Toutefois, l'application concrète que la Cour fait des instruments conceptuels de son paradigme montre que ces instruments sont susceptibles de rejoindre des solutions, aux questions juridiques qui lui sont posées, plus satisfaisantes (en terme, notamment, de garanties pour l'individu) que les solutions obtenues dans le cadre du paradigme officiel. L'équivalence droit pénal = loi et la logique binaire de ce dernier simplifient trop la complexité des questions qui surgissent dans le champ pénal et finissent par négliger des intérêts et des valeurs qui mériteraient d'être véritablement pris en considération.

¹²¹ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, XIème éd., Paris, Vrin, 1980, p. 13 s.

¹²² Sur le problème de l'insécurité juridique déterminée par l'instabilité de la jurisprudence, voir A. Esposito – G. Romeo, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione (142 casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, Cedam, 1995 et, plus récemment, G. Romeo, “Di qualche evoluzione (o involuzione?) nella giurisprudenza di legittimità”, in *Cassazione penale*, 2000, p. 1088 s.

¹²³ Cfr., à propos des conflits involontaires de jurisprudence, A. Esposito – G. Romeo, *I mutamenti*, *op. cit.*, p. 13 s.

prévenir les conflits d'interprétation et d'assurer, ainsi, un développement raisonnablement unitaire du droit jurisprudentiel. Autrement dit, la forme traditionnelle de "dialogue à distance à travers les décisions" devrait céder le pas au profit d'une confrontation qui – selon des modalités organisationnelles à définir – doit précéder l'exercice de la fonction juridictionnelle¹²⁴.

En outre, la restitution à la jurisprudence du rôle qu'elle a toujours eu jusqu'à la rupture opérée par la modernité juridique représente un passage fondamental pour développer une éthique judiciaire de la modération¹²⁵ et "la culture et le soin"¹²⁶ du précédent. Le juge, conscient que son interprétation modifie le droit et privé des voiles des fictions modernes, ne pourra qu'être extrêmement prudent lorsqu'il décide de s'écarter, *in malam partem*, d'un courant jurisprudentiel consolidé ou d'un arrêt des *Sezioni unite* qui tranche un conflit d'interprétation. Quant à cette dernière, sa fonction de synthèse de la pluralité des courants jurisprudentiels – fonction qui connaît aujourd'hui une crise profonde – ne pourra qu'être sensiblement revitalisée. On a vu qu'en présence d'un conflit de jurisprudence, parmi les six chambres de la Cour de cassation, le seul organe qui peut résoudre *in malam partem* l'antinomie et inaugurer, *pro futuro*, une jurisprudence nouvelle c'est justement ce collège. Or, la responsabilisation qu'un tel choix délicat entraîne devrait induire les juges des *Sezioni unite* à mieux pondérer leurs décisions. Cette amélioration de la qualité des jugements, obtenue aussi grâce à une révision du système de la sélection des juges de ce collège qui devrait être fondée essentiellement sur le professionnalisme des candidats et ouverte à des juristes éminents, externes à la corporation des magistrats, devrait réhabiliter l'autorité de cet organe et conduire les juges à se conformer à sa jurisprudence.

¹²⁴ V. Zagrebelsky, "Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza", in *Cassazione penale*, 1988, p. 1577. Dans la même perspective, l'ancien président de la Cour de cassation, F. Zucconi Galli Fonseca, dans une lettre du 13 juin 1994, adressée à ses collègues, soulignait l'importance fondamentale de prévenir les conflits de jurisprudence à travers des "échanges fréquents d'opinions et des réunions périodiques consacrées à la discussion des problèmes interprétatifs les plus importants et controversés" (in A. Esposito – G. Romeo, *I mutamenti*, op. cit., p. 47).

¹²⁵ Nous avons posé cette question, qui prend une importance fondamentale dans le cadre d'un paradigme juridique qui a fait le deuil de l'*hybris* rationaliste de la modernité juridique, dans les essais "Faut-il récupérer "aidos" pour délier Sisyphe? A propos du temps clos et instable de la justice pénale italienne", in *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 2000, p. 702 s. et "La "rhapsodie"", op. cit., p. 182 s.

¹²⁶ F. Zucconi Galli Fonseca, "Lettera", op. cit., p. 48.