

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un "barrage contre le Pacifique" ?*

PERLO NICOLETTA

Référence de publication : Perlo Nicoletta, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un "barrage contre le Pacifique" ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, n° 95, p. 717-734.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un "barrage contre le Pacifique" ?

Le 12 octobre 2012, la Cour constitutionnelle italienne s'est prononcée sur une question préjudicielle de constitutionnalité relative à la valeur du revirement jurisprudentiel *in mitius* en matière pénale. La question à résoudre était la suivante : une personne condamnée en application d'une orientation jurisprudentielle ensuite renversée peut-elle demander la révocation de sa condamnation définitive comme si une nouvelle loi plus favorable était intervenue ?

Une seule question, qui soulève cependant des multiples interrogations de rang constitutionnel touchant, tout à la fois, à la sécurité juridique des justiciables, au statut de la jurisprudence, au pouvoir créateur de droit du juge, à la théorie générale des sources du droit et aux relations entre la jurisprudence et la loi.

Dans un pays de *civil law* tel que l'Italie, la réponse paraît relativement simple. Puisque la règle du précédent n'est pas admise et le principe de séparation des pouvoirs inspire et structure le système juridique, le revirement jurisprudentiel ne peut pas acquérir la force de la loi, même s'il accorde au condamné un traitement plus favorable. Le principe d'égalité qui rend rétroactive l'application de la loi pénale plus douce succombe, dans le cadre du revirement jurisprudentiel *in mitius*, face aux exigences de la sécurité juridique et du principe de la séparation des pouvoirs. Le juge se limite à appliquer la loi, et ses décisions ne produisent pas des effets *erga omnes*, pouvant remettre en cause l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, dans le nouveau contexte global de protection des droits et libertés, la réponse n'est plus si immédiate. D'une part, l'importance croissante des sources d'origine supranationale conduit à une déformalisation de plus en plus marquée des dynamiques législatives<sup>1</sup> et à l'effacement des frontières, autrefois mieux définies, entre les pays de *civil law* et de *common law*. D'autre part, le système de la Convention européenne des droits de l'homme fait nettement prévaloir une approche substantielle de la protection des droits, au détriment de la logique formelle de matrice kelsenienne.

L'arrêt no 230 de la Cour constitutionnelle italienne d'octobre 2012 témoigne de ces crises et de ces transformations et peut être considéré comme le premier acte d'un conflit qui va certainement durer longtemps.

Il s'agit d'une guerre entre cours suprêmes, à coup d'arguments juridiques qui servent à défendre des positions opposées, difficilement conciliables. D'un côté, la Cour de cassation pénale en formation plénière, suivie par certains juges du fond, manifeste clairement et pour la première fois, la volonté d'abandonner l'approche « formelle-abstraite », selon laquelle la force de la norme et sa place dans la pyramide kelsenienne sont établies par la forme, en faveur d'une approche

« axiologique-substantielle<sup>2</sup> », qui attribue la force et donc la place de la norme en fonction de son contenu. L'argument juridique avancé est celui de l'adhésion nécessaire au système de la Convention européenne des droits de l'homme qui, depuis longtemps, privilégie l'efficacité et l'effectivité de la protection à la forme de l'acte juridique protecteur. De l'autre côté, la Cour constitutionnelle, soutenue par la Cour de cassation civile en formation plénière, s'oppose fermement à l'activisme des cours nationales et supranationales. La Consulta revendique l'appartenance identitaire de l'ordre juridique italien au système de *civil law*, son attachement irréductible au principe de la séparation des pouvoirs ainsi qu'à une approche formelle de la hiérarchie des normes, et elle réaffirme la valeur infra-constitutionnelle des dispositions de la Convention.

Voilà donc les termes d'un conflit qui, de fait, dépasse le problème des effets du revirement jurisprudentiel *in mitius* pour questionner les fondements du système juridique italien et son positionnement dans le système européen de protection des droits.

En effet, dans cette affaire, l'Italie témoigne bien des bouleversements multiples que l'eupéanisation progressive de la protection des droits induit. Chaque pays membre dans l'application du droit conventionnel est obligé de faire face à lui-même, à ses contradictions, à ses iniquités, à ses valeurs identitaires, à sa capacité de compromis. La déclaration de Brighton, adoptée en avril 2012 dans le cadre de la conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>, a bien montré la difficulté de nombreux États à accepter des règles standards<sup>4</sup> ressenties souvent comme étrangères et attentatoires à l'identité nationale. Toutefois, dans la querelle italienne sur le revirement de jurisprudence *in mitius*, nous n'assistons pas à l'opposition classique entre les juges nationaux et le juge européen sur la protection de tel ou tel droit, mais à un conflit entre juges nationaux sur le niveau d'intégration plus ou moins élevé qui doit être accordé au droit et à la jurisprudence de Strasbourg. Le système conventionnel pénètre donc au sein des pays membres et influence les praticiens du droit nationaux, contribuant à déclencher des transformations de l'intérieur. Afin de rendre compte de ce conflit et d'en évaluer les possibles conséquences sur l'articulation entre le droit conventionnel et le droit interne ainsi que sur la place du droit jurisprudentiel dans le système italien, nous procéderons suivant la chronologie des événements. Dans un premier temps sera analysé le conflit interne à la Cour de cassation, lancé par l'arrêt « révolutionnaire » de la section pénale en formation plénière, sur la valeur de la jurisprudence par rapport à la loi et sur l'adhésion plus ou moins étroite au modèle de Strasbourg (I). Ensuite sera présentée la décision « contre-révolutionnaire » de la Cour constitutionnelle, en défense de l'identité juridique italienne, qui semble en apparence clore l'affaire (II).

## I – LE CONFLIT INTERNE À LA COUR DE CASSATION ITALIENNE

Entre 2010 et 2011, un conflit se déclenche entre les assemblées plénières des sections pénale et civile de la Cour de cassation autour de la valeur des revirements jurisprudentiels *in mitius*. Pour la première fois, dans l'arrêt Beschi, les juges de la Cour de cassation pénale, s'appuyant sur le système de protection des droits de la Convention EDH, attribuent à leurs décisions la valeur de règles de droit capables de produire des effets *erga omnes* (A). Un an et demi après, la Cour de cassation civile en formation plénière réagit, contestant l'atteinte portée par les collègues de la section pénale au système des sources du droit. Selon les juges civils, l'application de la loi n'implique pas sa construction, qui demeure une compétence exclusive du législateur (B). Sont ainsi avancés les principaux arguments juridiques sur lesquels la Cour constitutionnelle statuera par la suite.

### *A – LA PLEINE ADHÉSION DE LA COUR DE CASSATION PÉNALE AU MODELE DE LA CONVENTION EDH*

Le 21 janvier 2010, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation italienne intervient pour clarifier une question centrale en matière de sources de droit, notamment la possibilité d'attribuer au revirement jurisprudentiel les mêmes effets et la même force contraignante que la loi.

Le cas d'espèce concerne un détenu italien, condamné à l'étranger, qui avait demandé à bénéficier de l'indulto de 2006, une mesure de faveur impliquant l'extinction de la peine principale, concédé par le législateur pour certains délits<sup>5</sup>. La Cour d'appel de Milan avait rejeté la requête, se conformant à la jurisprudence de la Cour de cassation dominante à l'époque<sup>6</sup>. Quelques mois après, toutefois, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait renversé radicalement sa jurisprudence en la matière<sup>7</sup>. Suite à ce changement, le condamné avait demandé à nouveau à bénéficier de l'indulto. Il affirmait que la nouvelle interprétation donnée par les juges constituait bien le « nouvel élément » auquel l'art. 666, 2<sup>e</sup> al. du Code de procédure pénale italien se réfère pour apprécier la recevabilité d'une demande rejetée antérieurement par le juge de l'application des peines. Suite au pourvoi, la Cour de cassation se trouve alors à devoir évaluer si le changement de jurisprudence *in mitius* peut être considéré à l'instar d'une modification législative plus favorable au condamné et produire des effets rétroactifs, remettant en cause l'autorité de la chose jugée de la décision définitive. Indirectement, la Cour doit statuer sur la valeur du droit jurisprudentiel par rapport au droit de dérivation législative.

Le 21 janvier 2010, la Cour de cassation, en Assemblée plénière, adopte une décision<sup>8</sup> révolutionnaire, dans le contexte juridique italien. Le juge considère qu'en matière pénale le

revirement jurisprudentiel plus favorable au condamné constitue bien un élément nouveau, qui produit les mêmes effets rétroactifs qu'une loi pénale plus douce.

Pour motiver son choix, la Cour s'appuie sur la jurisprudence de Strasbourg, partageant l'approche « axiologique-substantielle » des sources du droit qui caractérise le système européen de protection des droits fondamentaux. Selon les juges de Cassation, l'interprétation du Code de procédure pénale italien doit s'adapter au nouveau contexte juridique, qui oblige le juge national à « interpréter le droit interne conformément aux dispositions de la Convention EDH, dans le respect de l'interprétation fournie par la Cour EDH<sup>9</sup> ». Cela en vue de « satisfaire la nécessité d'une interaction dialogique entre l'activité herméneutique du juge national et du juge européen, dans la perspective d'une protection plus complète des droits fondamentaux de la personne<sup>10</sup> ».

Ainsi, au nom de la double exigence de promotion du dialogue entre les juges et de protection des droits et libertés, la Cour de cassation, en matière de légalité pénale, s'éloigne du modèle traditionnel italien, d'inspiration kelsenienne, qui attribue force et validité aux normes en fonction de leur forme, pour adopter l'approche matérielle du juge européen<sup>11</sup>. La notion de « légalité » de l'article 7 de la Convention est en effet « banalisée<sup>12</sup> » par la Cour EDH, qui inclut dans la notion de « loi », à la fois, le droit de production législative et le droit jurisprudentiel<sup>13</sup>. Le principe de légalité en matière pénale est alors satisfait si la « norme », toute dérivation confondue, est capable d'assurer la prévisibilité des effets, l'accessibilité et la sécurité<sup>14</sup>. Cette conception est conforme d'ailleurs au modèle strasbourgeois de protection des droits fondamentaux, qui ne prend pas en compte la seule disposition conventionnelle, mais l'interprétation du texte normatif effectuée par la cour de Strasbourg. Proche plus d'un système de *common law*, la jurisprudence européenne dépasse le cas concret et contribue à déterminer la signification réelle de la norme<sup>15</sup>, qui devient ainsi « norme vivante », c'est-à-dire une norme qui est « le résultat de l'interprétation et de l'application des juges<sup>16</sup> ».

À première vue, le modèle de la Cour européenne, fondé essentiellement sur la puissance créatrice des juges, paraît incompatible avec le système italien, dont la structure identitaire repose, tout au contraire, sur le pouvoir créateur du législateur. Toutefois, la Cour de cassation italienne avance un argument stratégique pour démontrer que l'intégration du système européen de protection des droits dans le système italien n'est pas si choquante et que, par conséquent, le revirement jurisprudentiel *in mitius* peut bien produire des effets *erga omnes*. Selon la Cour, « la position de la Cour européenne sur la portée et les marges de légitimité de l'ainsi dit « droit vivant » ne semble pas trop s'éloigner de ce qui a été affirmé par la Cour constitutionnelle [italienne]<sup>17</sup> ». Pour la Cour de cassation, les juges italiens jouent déjà un rôle central dans la détermination de la signification de la norme, et cela par volonté expresse de la Cour constitutionnelle. La Consulta utilise, en effet, depuis longtemps la notion de « droit vivant<sup>18</sup> », pour renvoyer à une doctrine qui conçoit « la norme non pas abstraitement, mais selon l'application quotidienne qui en est faite par les juges<sup>19</sup> ». La Cour de cassation souligne alors que si la Consulta se réfère au droit vivant pour définir l'objet de son contrôle, elle attribue par conséquent à l'interprétation consolidée et constante

des juges ordinaires la valeur de droit positif. Dans la mesure où l'interprétation jurisprudentielle possède la même dignité que la disposition législative, elle peut en effet être contrôlée et éventuellement censurée par la Cour constitutionnelle. Voilà donc que l'intégration du modèle européenne de protection des droits ne semblerait plus constituer un problème. La jurisprudence, pour la Cour de cassation, est déjà créatrice de droit en Italie.

La question qui se pose à ce stade est alors de savoir quels revirements jurisprudentiels peuvent acquérir la valeur de règles de droit produisant des effets *erga omnes*. Où se situe la limite permettant d'éviter une confusion totale des pouvoirs ? Comment peut-on limiter l'atteinte à la sécurité juridique représentée par une jurisprudence qui change sans cesse ? La Cour de cassation répond à ces questions, élaborant une solution qui choque profondément la doctrine<sup>20</sup> et par la suite le juge constitutionnel italien. S'appuyant encore sur la jurisprudence constitutionnelle, la Cour suprême italienne observe que le premier critère-filtre est constitué par la prise en compte d'interprétations jurisprudentielles consolidées et constantes et le deuxième par la juridiction qui effectue le revirement *in mitius*. Le juge constitutionnel prête une attention particulière aux décisions adoptées par la Cour de cassation, en raison de sa fonction de garant du respect et de l'interprétation uniforme de la loi, ainsi que de l'unité du droit positif<sup>21</sup>. Une attention d'autant plus intense est consacrée aux décisions prononcées par cet organe en Assemblée plénière, afin de mettre fin à des conflits jurisprudentiels sur des points importants de droit<sup>22</sup>. Par conséquent, l'arrêt Beschi propose d'attribuer l'effet *erga omnes* exclusivement aux revirements de jurisprudence *in mitius* adoptés par la Cour de cassation en formation plénière<sup>23</sup>.

Si cette attribution autonome d'un pouvoir créateur du droit par la Cour de cassation apparaît arbitraire<sup>24</sup> et contestable sous le profil du principe de l'indépendance fonctionnelle des juges<sup>25</sup>, il est intéressant ici de rappeler que le Groupe de travail français sur les revirements de jurisprudence, en 2004, était arrivé à la même solution. Adoptant une approche pragmatique, le Groupe de travail ne se préoccupe pas de justifier le pouvoir créateur du juge, considéré désormais comme un fait<sup>26</sup>, mais plutôt de maîtriser les effets des revirements de jurisprudence. Le Rapport attribue alors aux formations plénières de la Cour de cassation le pouvoir de « statuer sur le fait que sa décision porte bien revirement » et de « moduler les effets dans le temps de la décision de revirement »<sup>27</sup>. Tout en étant un pays de *civil law*, la France montre donc une plus grande souplesse vis-à-vis de la jurisprudence et de son statut dans la hiérarchie des normes<sup>28</sup>.

## *B – LA RÉAFFIRMATION DES PRINCIPES INSPIRANT L'ORDRE JURIDIQUE ITALIEN PAR LA COUR DE CASSATION CIVILE*

La portée révolutionnaire de l'arrêt Beschi n'est sous-estimée ni par la doctrine<sup>29</sup> ni par les juges de la Cour de cassation civile, qui un an et demi après, en juillet 2011, jouent le rôle de « contre-révolutionnaires » déclenchant un conflit jurisprudentiel sur la valeur de la jurisprudence et sur son inclusion potentielle parmi les sources du droit.

Dans un arrêt concernant le revirement de jurisprudence *in mitius*<sup>30</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation civile considère que ce dernier, même si prononcé en formation plénière, ne peut pas constituer un *ius superveniens*. La raison est clairement expliquée par la motivation de la décision : La norme juridique trouve sa source de production dans la loi, un acte juridique qui est de compétence exclusive des organes du pouvoir législatif. Dans le cadre des équilibres constitutionnels (inspirés du principe de la séparation des pouvoirs), les juges (étrangers au circuit de production des normes juridiques), dans le respect de l'art. 101, 2<sup>e</sup> al. de la Constitution, sont assujettis à la loi. Cela réalise le seul lien possible dans un État de droit entre le juge, qui recouvre une charge non élective et qui est politiquement irresponsable, et la souveraineté populaire, dont la loi, produite des parlementaires élus par le peuple et politiquement responsables, est la pleine expression<sup>31</sup>.

Seul le législateur est donc autorisé dans l'ordre juridique italien à produire et modifier le droit avec des effets *erga omnes*. Affirmer le contraire signifierait bafouer le principe de séparation des pouvoirs et son corollaire, le principe d'indépendance fonctionnelle des juges. La majorité de la doctrine italienne partage, d'ailleurs, cet avis. La reconnaissance presque unanime du rôle créateur du juge ne conduit qu'une minorité d'auteurs à affirmer l'existence en Italie de la règle du précédent<sup>32</sup>. Le précédent judiciaire, qui s'apparente de fait à la jurisprudence constante, n'a pas de force contraignante mais une simple force de persuasion<sup>33</sup>. Cela est confirmé par le principe constitutionnel qui établit la soumission exclusive des juges à la loi<sup>34</sup>. Partageant cet avis, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation souligne que le juge n'a pas la fonction de « créer » le droit vivant, mais celle, plus modeste, de « dévoiler<sup>35</sup> », au travers de l'interprétation, « la dimension effective du phénomène juridique<sup>36</sup> ». La « création » de la norme reste une compétence exclusive du législateur. Par conséquent, les décisions judiciaires ne produisent que des effets inter partes, y compris celles rendues par la Cour de cassation en formation plénière. La force persuasive de ces arrêts ne saurait pas les transformer en prescriptions générales et abstraites.

La décision de la Cour de cassation civile met bien en évidence les incohérences de l'arrêt Beschi, qui seront d'ailleurs confirmées par l'arrêt de la Cour constitutionnelle d'octobre 2012, tout en laissant en suspens quelques questions. Tout d'abord, l'argument utilisé par la Cassation pénale selon lequel l'obligation de respecter la Convention EDH conduirait à attribuer un rôle nouveau, de fait législatif, à l'Assemblée plénière, semble contestable sur le fondement, à la fois, du droit interne et du droit européen. En second lieu, la question de la valeur et des effets des revirements de jurisprudence *in mitius* reste ouverte. Il apparaît en effet fortement injuste qu'une personne soit condamnée en application d'une jurisprudence constante et si un revirement jurisprudentiel *in mitius*, doté d'une certaine autorité, intervient, qu'elle ne puisse pas bénéficier de la mesure plus

favorable. Comment peut-on tolérer, au nom du principe d'égalité, que deux personnes ayant commis les mêmes délits reçoivent des traitements différents en raison du moment – avant ou après l'intervention de la nouvelle interprétation jurisprudentielle – où la condamnation définitive est prononcée ? Le principe de la sécurité juridique ne serait-il pas lui-même atteint si la succession de revirements de jurisprudence non prévisibles pouvait être à l'origine de traitements différents en matière de restriction de la liberté physique ? L'urgence de la réponse s'impose en droit pénal plus qu'en droit civil en raison de la gravité des conséquences sur les libertés individuelles de la première procédure par rapport à la seconde.

## II – LA DÉFENSE DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE PAR LA *CONSULTA*

L'importance des principes constitutionnels en jeu dans ce débat interne à la Cour de cassation ne pouvait pas manquer d'attirer l'attention et l'intérêt de la Cour constitutionnelle. Ainsi, dès qu'une question préjudicielle de constitutionnalité relative aux effets du revirement de jurisprudence *in mitius* a été posée (A), le juge des lois en a profité pour rendre une décision qu'on peut qualifier d'arrêt de principe sur le statut de la jurisprudence ainsi que sur la place du droit conventionnel dans le système italien. Le caractère péremptoire de l'arrêt dévoile sans doute la volonté de la Cour de défendre et préserver la structure identitaire du système juridique italien (B).

### A – LA QUESTION PRÉJUDICIELLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Le 27 juin 2011, le tribunal de Turin soulève une question préjudicielle de constitutionnalité concernant l'article 673 du Code de procédure pénale (CPP) italien. Cet article établit qu'en cas d'abrogation législative ou bien de déclaration d'illégitimité constitutionnelle d'une norme prévoyant une infraction ou un délit, le juge de l'application des peines doit révoquer les condamnations définitives prononcées en application de la disposition en question<sup>37</sup>. Le juge a quo considère cet article contraire à la Constitution dans la partie où il ne prévoit pas la possibilité de donner cours à la révocation si un revirement jurisprudentiel intervient pour éliminer la qualification pénale des faits<sup>38</sup>. La question sous-jacente concerne donc la valeur du droit jurisprudentiel : le revirement jurisprudentiel, et tout particulièrement celui de la Cour de cassation en formation plénière, peut-il constituer valablement une cause survenue d'abrogation d'un délit, telle qu'une modification législative ?

Le juge de l'application des peines de Turin adhère entièrement aux arguments de l'arrêt Beschi, lui paraissant constituer une atteinte grave aux Droits de l'homme l'infliction d'une peine pour une



infraction qui ne subsiste plus en droit, en vertu d'une jurisprudence constante et uniforme. Toutefois, s'estimant incompétent pour modifier, par sa seule interprétation, la signification de l'article 673 CPC, il investit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle. Se référant à l'exigence affirmée par la Cour de cassation pénale de conformer le droit national au droit et à la jurisprudence de la Cour EDH, le juge a quo saisit la Consulta, à la fois, d'un contrôle de conventionnalité et d'un contrôle de constitutionnalité.

En Italie, en effet, le contrôle de conventionnalité est exercé non pas par les juges ordinaires, comme en France<sup>39</sup>, mais par la Cour constitutionnelle qui garde en ce domaine une compétence exclusive, conservant son rôle de garant des droits fondamentaux et de la suprématie de la Constitution<sup>40</sup>. Pour ce qui concerne plus précisément le système de Strasbourg, les juges italiens sont tenus d'interpréter les normes internes conformément aux dispositions conventionnelles<sup>41</sup>, suivant l'interprétation donnée par la Cour EDH<sup>42</sup>. Toutefois, si l'interprétation conforme semble aller à l'encontre du droit national, les juges ne peuvent pas écarter la loi interne au profit de la disposition conventionnelle<sup>43</sup>, mais ils doivent saisir la Cour constitutionnelle via l'article 117, 1er alinéa de la Constitution. Cet article, révisé en 2001<sup>44</sup>, impose à l'État et aux régions d'exercer le pouvoir législatif conformément aux obligations internationales. Selon la jurisprudence de la Consulta<sup>45</sup>, cette obligation fonde et légitime son pouvoir de contrôle sur la conventionnalité des lois nationales<sup>46</sup>. « Les éventuels conflits entre l'ordre interne et les accords internationaux ratifiés ne génèrent ni des problèmes de succession des lois dans le temps ni des questions sur la place hiérarchique des normes en conflit, mais ils déclenchent des questions de légitimité constitutionnelle<sup>47</sup>. » En conclusion, les juges nationaux contestent la constitutionnalité d'une norme interne, puisque, celle-ci, en violant une disposition conventionnelle « interposée<sup>48</sup> », porte atteinte à l'obligation constitutionnelle de respecter les accords internationaux transposés par loi en droit interne. Le contrôle de conventionnalité est donc effectué dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité.

Dans le cas d'espèce, le juge de Turin saisit la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle sur la conformité de l'art. 673 CPC à l'article 7 de la Conv. EDH, via l'art. 117, 1er al. de la Constitution, en partant d'un double constat. En premier lieu, le principe de légalité en matière pénale affirmé par la disposition conventionnelle inclut également le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce<sup>49</sup>. En second lieu, en force d'une jurisprudence consolidée du juge européen, la notion de « loi » se réfère à la fois aux actes législatifs et aux décisions jurisprudentielles<sup>50</sup>. Selon le juge turinois, la Cour européenne reconnaît ainsi la valeur législative du revirement jurisprudentiel *in mitius*. Adhérant aux arguments de l'arrêt Beschi, le juge a quo considère que la valeur attribuée au droit jurisprudentiel par la cour de Strasbourg oblige le système italien à s'adapter et que la solution la meilleure serait celle de reconnaître aux revirements *in mitius* de la Cour de cassation en formation plénière une force contraignante *erga omnes*. En soutien de son propos, le juge, dans la droite ligne de l'arrêt Beschi, souligne que la Cour constitutionnelle participe de fait, au travers de la doctrine du droit vivant, à la transformation des sources du droit italien et à un rapprochement progressif du droit jurisprudentiel et du droit issu de la législation.

Le juge de Turin saisit ensuite la Cour d'un contrôle de constitutionnalité. L'article 673 CPC porterait atteinte aux principes constitutionnels de rétroactivité de la loi pénale plus douce<sup>51</sup> et d'égalité<sup>52</sup>. La norme permettrait, en effet, que des personnes ayant commis les mêmes faits soient traitées de façon différente en fonction du moment où elles sont jugées. Les mesures restrictives de la liberté individuelle seraient donc appliquées pour des raisons hasardeuses, non en lien avec la responsabilité réelle des individus. En outre, l'article 673 serait contraire au principe constitutionnel de l'inviolabilité de la liberté individuelle<sup>53</sup>. Il privilégierait, en effet, « des exigences de protection de l'ordre juridique interne », et notamment la sécurité juridique et la stabilité des décisions de justice, par rapport à « des exigences précises de liberté individuelle »<sup>54</sup>, considérées par le juge a quo comme plus importantes.

## *B – L'ARRÊT NO 230 DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE*

Le 12 octobre 2012, la Cour constitutionnelle italienne rend sa décision sur l'épineuse question de la valeur du revirement jurisprudentiel *in mitius* en droit pénal. Les juges considèrent admissible mais non fondée la question préjudicielle présentée<sup>55</sup> et saisissent l'occasion pour réaffirmer et préciser deux principes qui sont au cœur de l'organisation constitutionnelle des sources du droit italien : d'une part, la primauté de la Constitution sur les accords internationaux ratifiés par l'Italie, d'autre part, la séparation nette entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. La Consulta revendique ainsi l'identité constitutionnelle d'un pays de *civil law*, dualiste, fondé sur la séparation des pouvoirs et lié à une conception formelle des sources du droit, face aux déstabilisations que les cours supranationales, notamment la Cour EDH, ainsi que les cours nationales, semblent provoquer.

La Cour constitutionnelle s'attache d'abord à la question de la prétendue incompatibilité de la disposition faisant l'objet de la saisine, l'art. 673 CPC, avec l'article 7 de la Convention EDH. La procédure de contrôle de conventionnalité élaborée en 2007<sup>56</sup> prévoit deux phases. Dans un premier temps, le juge des lois vérifie que la norme internationale ne rentre pas en conflit avec la Constitution ou bien qu'elle n'offre pas une protection moindre par rapport à celle garantie par le texte constitutionnel. Si c'est le cas, la Cour rejette la question préjudicielle relative à l'article 117 de la Constitution, refusant d'effectuer le contrôle de conventionnalité<sup>57</sup>. Dans le cas contraire, la Cour passe à la seconde phase, procédant à ce contrôle. Cela peut conduire à l'affirmation de l'inconstitutionnalité de la norme interne, puisque contraire à la « norme interposée » internationale et, par conséquent, à l'article 117 de la Constitution italienne.

Dans le cas d'espèce, la Consulta, lors du contrôle préalable, constate, pour la première fois depuis la mise en place de la procédure, une faiblesse de la protection conventionnelle par rapport à celle

constitutionnelle, pouvant faire obstacle à la « transposition mécanique dans l'ordre interne<sup>58</sup> » du droit de la Convention. Selon la Cour constitutionnelle, la conception « substantielle » et non pas « formelle » du principe de « légalité pénale », conduisant la Cour de Strasbourg à attribuer la même valeur au droit jurisprudentiel et au droit issu des lois, constitue une garantie des droits amoindrie par rapport à celle prévue par l'article 25, 2e al., de la Constitution italienne. La réserve de loi affirmée par cet article impose la primauté des dispositions législatives sur toute autre source du droit en matière pénale et garantit ainsi que toute mesure restreignant la liberté individuelle soit adoptée par « l'institution qui constitue l'expression la plus accomplie de la représentation politique : c'est-à-dire le Parlement, élu au suffrage universel direct par tous les citoyens<sup>59</sup>, dont les décisions sont prises à l'issue d'un processus impliquant une confrontation préalable avec toutes les forces politiques, y compris celles minoritaires, ainsi que, de façon indirecte, avec l'opinion publique<sup>60</sup> ». Pour ces raisons, la Cour constitutionnelle considère la réserve de loi en matière pénale comme étant un principe « central dans l'ordre juridique italien ». Non seulement, compte tenu du contexte juridique du pays, ce principe protège de façon plus efficace les droits et les libertés, mais il représente aussi un élément de l'identité constitutionnelle italienne, fondée sur une conception des sources du droit « rigoriste et hiérarchisée<sup>61</sup> », qui attribue une place privilégiée à la loi. Même si la Cour ne fait pas référence expresse à la notion d'identité constitutionnelle, elle ne manque pas de rappeler que le juge des lois possède « une marge d'appréciation et d'adaptation, qui, dans le respect de la jurisprudence de Strasbourg, lui permet de prendre en compte les caractéristiques du système juridique dans lequel l'interprétation de la Cour européenne est destinée à s'insérer<sup>62</sup> ».

De toute évidence, la Cour constitutionnelle considère, à la différence de la Cour de cassation pénale et du juge a quo, que l'égalisation du droit jurisprudentiel et du droit législatif non seulement ne garantit pas suffisamment les droits et les libertés, mais qu'elle est aussi étrangère à la structure des sources du droit national. Et cette étrangeté peut bien faire obstacle à la transposition en droit interne de la jurisprudence de la Cour EDH, puisque, contrairement à ce que l'arrêt Beschi et le juge a quo affirment, il n'existe aucune obligation générale et absolue de réception des normes conventionnelles en droit interne. Les dispositions conventionnelles en Italie demeurent « interposées » et donc subordonnées à la Constitution dans son intégralité<sup>63</sup>, et soumises à l'appréciation de la Cour constitutionnelle. Le système européen de protection des droits légitime d'ailleurs cette hiérarchisation des sources nationales et supranationales. La question de la réception de la règle conventionnelle relève en effet du régime constitutionnel des États, et ni la Convention ni la Cour EDH n'imposent l'intégration du droit conventionnel en droit interne<sup>64</sup>. Ce système n'entend pas se substituer aux ordres juridiques nationaux prônant leur « uniformité absolue<sup>65</sup> ». Bien au contraire, fondé sur le principe de subsidiarité, il laisse une place prépondérante au droit national, donc à la diversité des traditions et dispositifs juridiques nationaux<sup>66</sup>.

En conclusion, le contrôle de conventionnalité aurait pu être refusé et la question préjudicielle rejetée sur la base de la faiblesse de la protection fournie par le droit de la Convention, si un élément

ultérieur ne venait pas « absorber » cet argument<sup>67</sup>. À la différence de ce que le juge a quo revendique, la Cour européenne n'a jamais affirmé, sur la base de l'article 7 de la Conv. EDH, qu'un revirement de jurisprudence *in mitius* impose la révocation des condamnations définitives prononcées sur la base de l'interprétation renversée. Bien au contraire, la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme semble pour l'instant plus soucieuse de garantir le principe de sécurité juridique que celui de l'égalité de traitement des individus face à la loi<sup>68</sup>.

La Cour constitutionnelle dévoile ici toute son habileté diplomatique : au lieu de rejeter la question sur la base du refus, légitime mais politiquement sensible, d'intégrer en droit interne le droit et la jurisprudence de Strasbourg, le juge des lois préfère fonder son rejet sur une analyse attentive et d'ailleurs correcte de la jurisprudence européenne. Ainsi, la libre interprétation de l'articulation entre les sources internes et internationales par les juges italiens est sanctionnée et l'irrépressible dualisme italien apparaît moins offensif vis-à-vis des institutions européennes.

La Consulta s'attache ensuite au contrôle de constitutionnalité relatif au droit interne, afin de statuer, d'une part, sur les rôles respectifs de la loi et de la jurisprudence dans la hiérarchie des normes, et, d'autre part, sur la véritable portée de la théorie du droit vivant.

Concernant le premier point, les juges constitutionnels sont catégoriques : la jurisprudence de la Cour de cassation en formation plénière « aspire » à acquérir une autorité de la chose jugée stable et suivie par la généralité des juges, mais, puisque dans le système italien la règle du *stare decisis* n'existe pas, elle n'a qu'une valeur de persuasion. Ainsi, « la nouvelle décision de l'Assemblée plénière demeure potentiellement susceptible d'être contredite, à tout moment et par n'importe quel juge de la République ». Preuve en est que « même l'Assemblée plénière peut être contrainte de réviser ses positions sous l'impulsion des sections de la Cour de cassation, comme cela s'est déjà produit à plusieurs reprises<sup>69</sup> ». Pour la Cour, considérer le revirement de jurisprudence comme source d'un nouveau droit objectif, à l'instar de l'abrogation législative ou bien de la déclaration d'illégitimité constitutionnelle, comporterait « une véritable subversion du système<sup>70</sup> » en place.

Le principe de séparation des pouvoirs serait atteint ainsi que son corollaire, le principe d'indépendance fonctionnelle des juges. Selon la Constitution, aucune hiérarchie entre l'Assemblée plénière de la cassation et les juges ordinaires n'existe : les juges ne sont assujettis qu'à la loi<sup>71</sup>.

La Cour constitutionnelle dément ensuite vigoureusement l'interprétation de la théorie du droit vivant effectuée par le juge a quo et la Cour de cassation dans l'arrêt Beschi. Si ces derniers prétendent affirmer que la théorie contribue à la reconnaissance au droit jurisprudentiel d'une place nouvelle et privilégiée, la Consulta rappelle les fondements et les limites de cette théorie. Élaborée en signe de « respect pour le rôle joué par les juges ordinaires dans l'interprétation du droit », la théorie du droit vivant impose qu'« en présence d'une orientation jurisprudentielle constante ou bien fortement partagée – tout particulièrement si consacrée par une décision de la Cour de

cassation en formation plénière – la Cour constitutionnelle considère la disposition censurée dans la signification qui lui est attribuée par les juges lors de son application<sup>72</sup>. Toutefois, « face à une orientation jurisprudentielle ayant acquis les caractères de droit vivant, le juge a la faculté et non pas l'obligation de s'y conformer<sup>73</sup> ». Malgré la reconnaissance du rôle éminent de la jurisprudence de la Cour de cassation en formation plénière, la Consulta réaffirme ainsi la possibilité constitutionnellement garantie aux juges inférieurs de résister et de s'opposer aux décisions de la Cour suprême.

Enfin, les juges constitutionnels précisent que le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce trouve son fondement exclusif dans le principe d'égalité<sup>74</sup> et non pas dans le principe de non-rétroactivité des normes pénales plus sévères<sup>75</sup>, comme affirmé par le juge a quo<sup>76</sup>. Par conséquent, n'ayant pas un caractère absolu, la rétroactivité *in mitius* peut bien subir des dérogations par la législation ordinaire, là où le respect d'autres principes l'exige<sup>77</sup>.

## CONCLUSION

La décision de la Cour constitutionnelle se prête à différentes réflexions sur la protection des droits fondamentaux en Italie et ses futures évolutions.

Le premier point concerne l'opposition apparente entre les approches formelle et matérielle de la garantie des droits. L'arrêt de la Consulta pourrait en effet conduire à penser que la rigidité de l'approche formelle-kelsenienne empêche une garantie pleine et effective des droits et libertés, qui seuls peuvent être assurés par l'approche matérielle. L'affaire faisant l'objet de la saisine prouve, toutefois, le contraire. La plupart des juges italiens de l'application des peines qui se sont trouvés face à des situations analogues à celle du juge de Turin ont en effet élaboré une solution, tout à la fois, garante des droits fondamentaux et respectueuse du principe de séparation des pouvoirs. Dans l'affaire en cause, la nouvelle interprétation jurisprudentielle concernait une modification législative qui, dans un premier temps, n'avait pas été considérée comme un *abolitio criminis* par la Cassation pénale. Les juges de l'application des peines, au lieu de demander l'extension de l'article 673 CPC aux revirements *in mitius*, ont donc accueilli les demandes de révocation des condamnations définitives sur la base de la modification législative intervenue, considérée comme une loi plus douce<sup>78</sup>. Les juges du fond ont ainsi démontré leur sensibilité au respect des droits de la personne et leur capacité à élaborer des solutions adaptées dans le cadre des principes fondateurs du système juridique italien. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt, a donc bien joué son rôle en rappelant les valeurs indérogeables qui structurent l'identité constitutionnelle italienne et en mettant en évidence les limites et les erreurs du raisonnement juridique du juge a quo.

Toutefois, la question préjudicielle, comme l'arrêt Beschi, malgré les maladroites et les « audaces » juridiques, ont le mérite d'avoir lancé un débat, qui est loin d'être clos, sur le rôle du droit jurisprudentiel et sur la place du droit conventionnel dans la hiérarchie des normes. En cela, la décision de la Cour constitutionnelle ressemble à un combat d'arrière-garde, destiné à être renversé par le « mouvement irrésistible<sup>79</sup> » vers la globalisation de la protection des droits et libertés. En Italie, en effet, deux événements majeurs semblent devoir conduire, dans le futur, à un rôle accru des jurisprudences nationale et européenne, au détriment de la Consulta et d'une approche rigoureusement formelle des sources du droit.

Tout d'abord, une fois réalisée l'adhésion annoncée de l'Union européenne à la Convention EDH<sup>80</sup>, la procédure de contrôle de conventionnalité devra être adaptée. Fort probablement, les dispositions conventionnelles recevront une application directe, à l'instar des traités, des règlements et des directives de l'Union européenne<sup>81</sup>. Le rôle de la Cour constitutionnelle sera alors remis en cause, et les juges communs deviendront compétents pour effectuer le contrôle de conventionnalité, écartant directement la norme interne non conforme au droit conventionnel, lors de son application<sup>82</sup>. Si en France cela peut paraître une évidence, dans le contexte italien cette transformation a la portée d'une révolution<sup>83</sup>. Cela renforcera, en effet, le statut de la jurisprudence, réduira la place de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits fondamentaux et portera inévitablement atteinte à la primauté de la Constitution nationale. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH donnera en outre une impulsion incontestable à la convergence jurisprudentielle des systèmes de protection. L'approche formelle-kelsenienne risquera alors d'être à nouveau confrontée à l'approche matérielle issue des pays de *common law* et du système conventionnel.

Le second facteur de déstabilisation du système italien actuel est représenté par l'attribution des effets *erga omnes* aux décisions de la Cour EDH. Sur ce point est appelée à statuer la Cour constitutionnelle, saisie le 10 septembre 2012 d'une question préjudicielle de constitutionnalité par la Cour de cassation pénale en formation plénière<sup>84</sup>. La Consulta doit évaluer si l'arrêt Scoppola c. Italie prononcé par la grande chambre de la Cour EDH le 17 septembre 2009 peut s'appliquer également à des cas analogues. En admettant la valeur *erga omnes* de l'arrêt européen, la Cour constitutionnelle est à nouveau appelée à se prononcer sur la question du revirement jurisprudentiel *in mitius*, en mettant en balance le principe de l'intangibilité de la chose jugée et l'égalité du traitement des condamnés. L'arrêt Scoppola a en effet permis au requérant d'obtenir une peine de réclusion criminelle de trente ans au lieu de la peine à perpétuité à laquelle il avait été condamné précédemment<sup>85</sup>. Attribuer l'effet *erga omnes* à l'arrêt permet donc à ceux qui se trouvent dans une situation identique à celle de M. Scoppola de bénéficier de la même réduction de peine, bien qu'ils n'aient pas saisi la Cour EDH. Cohérente avec l'approche matérielle déjà adoptée dans l'arrêt Beschi, la Cour de cassation affirme que le « dogme de l'autorité de la chose jugée » doit être dépassé au nom de la protection des droits fondamentaux, puisque paraît intolérable l'exécution d'une peine considérée comme illégitime par la Cour EDH<sup>86</sup>.

Ici, le défi est double pour la Cour constitutionnelle. Elle devra évaluer d'abord si certains arrêts de la Cour EDH<sup>87</sup> peuvent avoir une force contraignante *erga omnes* et recevoir donc une application immédiate de la part des juges italiens. Cela constituerait un vecteur indiscutable d'intégration du droit conventionnel en droit interne et conduirait au rapprochement du statut de la jurisprudence conventionnelle à celui de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union<sup>88</sup>. Ensuite, la Consulta devra considérer si les arrêts européens relatifs à des « problèmes structurels » de l'ordre interne peuvent valoir comme du droit législatif et consentir donc la révocation ou bien la commutation de peines définitives dans un sens plus favorable à tous les condamnés se trouvant dans une situation analogue<sup>89</sup>. Si c'est le cas, la Consulta introduira ainsi un nouveau facteur de « déformalisation » de la production normative<sup>90</sup> accordant une place privilégiée à la jurisprudence de la Cour EDH.

En conclusion, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 12 octobre 2012 ne représente que la première étape d'un long parcours de transformation que le système juridique italien est destiné à accomplir. Sans doute, de nouveaux conflits éclateront. La résistance des institutions, qui jusque-là ont détenu une sorte d'exclusivité en matière de droits et libertés, sera forte. Cependant, en ayant recours aux images du livre de Marguerite Duras<sup>91</sup>, cette résistance sera écrasée si elle est passive comme celle d'un barrage fragile élevé contre la puissance du Pacifique. Dans le nouveau contexte de globalisation de la protection des droits, le système juridique italien et ses institutions devront savoir évoluer de façon constructive, sans nier leur propre identité, mais en acceptant des compromis, dans l'intérêt d'une protection accrue des droits et des libertés fondamentaux.

## *Notes de bas de page*

1. A. Ruggeri, « Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale », *Diritti comparati*, 22 nov. 2012, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)
2. Ibid.
3. <http://hub.coe.int/fr/20120419-brighton-declaration/>
4. Sur les règles standards et les exceptions nationales v. : M. Fatin-Rouge Stéfanini, « Standards européens et exceptions nationales », in *La Norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.
5. Loi no 241 du 31 juillet 2006, GU no 176 du 31 juillet 2006.
6. Cette jurisprudence excluait l'application de l'indulto pour les personnes condamnées à l'étranger. V. Cour cass., sect. I, no 10266/2008.
7. Cass., Ass. plén., no 36527/2008, *Foro it.* 2009, I, p. 5.
8. Cour cass., Ass. plén. pén., arrêt Beschi, 21 janvier 2010, no 18288, in *C.e.d. Cass.*, no 246651. Étant donnée l'importance de la question juridique posée, la première section de la Cour de cassation sollicite par ordonnance déposée le 21 octobre 2009 l'avis de l'Assemblée plénière de la Cour.
9. Cour cass., arrêt Beschi, précité, pt. 4. La Cour constitutionnelle a affirmé cette obligation à plusieurs reprises. V. : arrêts no 349/2007 et no 239/2009, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
10. Cour cass., arrêt Beschi, précité, pt. 5.
11. Dans l'arrêt *Association Ekin c. France*, 17 juill. 2001, no 39288/98, la Cour EDH affirme clairement que « la notion de “loi” doit être entendue dans son acception “matérielle” et non “formelle”. En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infralégislatif, ainsi que la jurisprudence qui l'interprète » (§ 46).
12. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Puf, 2012, p. 504.
13. Parmi les arrêts les plus récents : CEDH, *Dragotoniou et autres c. Roumanie*, 24 mai 2007 ; *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008 ; Gr. Ch., *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010 ; *Alimuçai c. Albanie*, 7 fév. 2012 ; *Huhtamaki c. Finlande*, 6 mars 2012.
14. CEDH, *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, no 17862/91 et *Achour c. France*, 29 mars 2006, no 67335/01. La solution de la Cour EDH est originairement due à la volonté de ne pas exclure de la protection de la Convention les systèmes de common law (CEDH, *Sunday Times c. RU*, 26 avril 1979). Par la suite, toutefois, la Cour a considéré que l'approche inclusive était également valable pour les systèmes de civil law en raison du rôle central que la jurisprudence joue dans ces pays



dans la définition de la portée de la norme pénale et, par conséquent, dans l'évolution du droit pénal (CEDH, grande ch., *Kruslin c. France*, 24 avril 1990 ; Grande ch., *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009 ; *Previti c. Italia*, 8 décembre 2009).

15. L'ancien juge de la Cour EDH Vladimiro Zagrebelsky précise que l'autorité de la chose jugée pour la Cour de Strasbourg ne se limite pas au cas concret. L'ensemble des précédents de la Cour contraignent la Cour même. « Du point de vue de la Cour européenne, le contenu de la Convention est essentiellement celui élaboré par la jurisprudence au cours des années, en relation à chaque droit ou liberté. » V. Zagrebelsky, « La CEDU e il principio di legalità nella materia penale », in V. Manes, V. Zagrebelsky (dir. par), *La CEDU nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 71.

16. Cour cass., arrêt Beschi, précité, pt. 7.

17. Id., pt. 8.

18. L'appellation *diritto vivente* a été utilisée pour la première fois par la Cour constitutionnelle en 1974 dans l'arrêt no 276/1974.

19. Cour const., arrêt no 3/1956. Sur la doctrine du droit vivant v. : C. Severino, *La Doctrine du droit vivant. Étude de contentieux constitutionnel comparé franco-italien*, Puam-Économica, 2003 ; G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, janv.-mars 2010, pp. 9 sq. ; Id., « La doctrine du droit vivant », *AJIC*, 1986, pp. 55 sq.

20. V. : F. Biondi, « La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? », *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2010.

21. Art. 65 de la loi sur le système judiciaire RD no 12, 30 janvier 1941. 22. Cour const., arrêts no 317/2009, no 260/1992, no 292/1985, no 34/1977.

23. La jurisprudence Beschi est confirmée quelques mois après par la deuxième section pénale de la Cour de cassation. Cour cass., sect. II pén., arrêt Merlo, no 19716, 6 mai 2010, in *CED cass.*, no 247113.

24. F. Biondi, « La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? », art. cit.

25. Art. 101, 2e al., Const. V. infra.

26. N. Molfessis (dir.), *Les Revirements de jurisprudence*, Paris, Litec, 2005, p. 10. 27. Id., p. 49.

28. G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *La Création du droit par le juge*, Arch. phil. droit 50, Paris, Dalloz, 2007, p. 18.

29. F. Biondi, « La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? », art. cit.

30. Cour cass., Ass. plén. civ., 11 juill. 2011, no 15144, in *CED cass.*, no 617905.

31. Ibid.

32. G. Gorla, « Precedente giudiziario », in *Enc. Giur.* XXIII, 1990.

33. A. Pizzorusso, « Delle fonti del diritto », in V. Scialoja et G. Branca (dir. par), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 525 sq.; G. Fiandaca, « Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione », *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 sq.

En France, où le rôle créateur du juge est reconnu avec moins d'hésitation, la règle du précédent est toutefois exclue du système juridique. Le juge français, pris entre l'art. 4 du Code civil, qui lui impose de statuer même en cas d'insuffisance ou d'absence de texte écrit, et l'art. 5, qui interdit des arrêts de règlement, « possède une totale liberté théorique à l'égard des précédents jurisprudentiels » (D. Tallon, « Précédent », in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Puf, 2003, p. 1186). Bien qu'il existe des « jurisprudences superconstantes » dont l'abandon « paraît inconcevable et leur autorité est similaire à celle des précédents en droit anglais » (P. Malaurie, P. Morvan, Introduction générale, Defrénois, 2005, no 364), les juridictions inférieures gardent un « pouvoir de résistance » (D. Tallon, « Précédent », précité, p. 1187) vis-à-vis des décisions des instances supérieures.

34. Art. 101, 2e al., Cost. V. : Cour const., arrêt no 40/1964.

35. Cour Cass., Ass. plén. civ., no 15144, cit.

36. E. Vincenti, « Note minime sul mutamento di giurisprudenza », Cass. pen., 2011, p. 4130.

37. Cet article correspond en partie à l'art. 112-4 du Code pénal français, là où il prévoit que « la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale. ». La disposition ne fait pas référence aux déclarations d'inconstitutionnalité qui abrogeraient une norme pénale a posteriori. Toutefois, suite à la décision du Conseil constitutionnel no 2012-240 QPC du 4 mai 2012 qui a abrogé l'art. 222-33 du Code pénal et donc le délit d'harcèlement sexuel, la doctrine a considéré que « les personnes irrévocablement condamnées n'ont plus à exécuter leurs peines, à la condition toutefois que les faits matériels dont elles ont été reconnues coupables ne soient plus susceptibles d'aucune qualification pénale ». S. Detraz, « Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité », Rec. Dalloz, 31 mai 2012, no 21, p. 1372, spec. 1374.

38. Trib. Torino, sect. III pén., ord. 27 juin 2011, juge Natale, in *Diritto penale contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/questione%20leg%20cost%20673.pdf>.

En l'espèce, le revirement de jurisprudence concerne la loi no 286 du 15 juillet 2009, modifiant le décret législatif no 286 du 25 juillet 1998, Testo unico sull'immigrazione – Texte unique sur l'immigration. La loi de 2009 a modifié l'art. 6 du décret de 1998 relatif à l'omission de la part d'un étranger se trouvant sur le territoire italien de présenter les documents d'identité et les titres de séjour. Dans le texte de 1998 était puni celui qui refusait de présenter le document d'identité « ou » la carte de séjour. Le nouveau texte punit ceux qui ne présentent pas le document d'identité « et » la carte de séjour. Certains juges du fond ont considéré que cette modification ne rendait plus punissables les étrangers irréguliers, puisque, de toute évidence, ils ne pouvaient pas être en possession de la carte de séjour. La première section de la Cour cassation a d'abord considéré que les étrangers irréguliers continuaient d'être concernés par la disposition (Cour cass., sect. I, 23 sept. 2009, no 44157 ; sect. I, 20 janv. 2010, no 6343 ; sect. I, 30 sept. 2010, no 37060). L'Assemblée plénière de la Cour de Cassation opère ensuite un revirement jurisprudentiel qui exclut les étrangers irréguliers du champ d'application de la norme (Cour cass., Ass. plén., 24 fév. 2011, no 16543). Par conséquent, le juge de Turin, en tant que juge de l'application des peines, est saisi par le ministère public d'une demande de révocation de la condamnation d'un citoyen malien irrégulier, ayant omis de présenter sa carte de séjour en 2010. Le ministère public demande

que le condamné puisse bénéficier du revirement jurisprudentiel plus favorable intervenu après sa condamnation, ex art. 673 du CPC.

39. Après le refus du Conseil constitutionnel d'assurer le contrôle de conventionnalité de la loi (CC, déc. no 74-54 DC 15 janv. 1975, récemment réitéré dans la déc. no 2010-605 DC du 12 mai 2010), les juges ordinaires se sont attribué le pouvoir d'écarter la loi incompatible avec un engagement international (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Soc. des cafés Jacques Vabre, AJDA, 1975, II, p. 567 ; CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. 190).

40. Pour une analyse comparée : F. Jacquolot, « La réception de la CEDH par l'ordre juridique italien : itinéraire du dualisme italien à la lumière du monisme français », RDP, sept.- oct. 2011, no 5, pp. 1235-1254.

41. Cour const., arrêt no 349, 24 octobre 2007 et arrêt no 239, 24 juill. 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

42. Selon la Cour constitutionnelle, « parmi les obligations internationales prises par l'Italie avec la souscription et la ratification de la Conv. EDH, il y a celle d'adapter sa propre législation aux normes du traité, dans le respect de l'interprétation qui leur est donnée par la Cour EDH, instituée spécifiquement pour interpréter et appliquer les normes conventionnelles ». Arrêt no 348, 24 octobre 2007, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

43. Ibid.

44. Loi constitutionnelle no 3, 18 octobre 2001, GU no 248, 24 octobre 2001.

45. La Cour constitutionnelle a élaboré et motivé en droit le mécanisme de contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre de deux arrêts dits « jumelles », no 348 et no 349 de 2007 cit., suivis ensuite par deux autres arrêts, no 311 et no 317 de 2009, qui ont confirmé et précisé les premières décisions. Les quatre arrêts ont innové profondément quant à l'articulation entre la législation interne et les obligations dérivant d'accords internationaux ratifiés. L'Italie a en effet dépassé en partie le traditionnel dualisme entre l'ordre interne et l'ordre international pour reconnaître, tout particulièrement aux dispositions de la Convention EDH, un rang supralégislatif et infraconstitutionnel. V. : F. Laffaille, « CEDH et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie des normes », RDP, juill.- août 2009, no 4, pp. 1137 sq. ; D. Tega, « L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU : accordi e disaccordi », in V. Manes et V. Zagrebelsky (dir. par), *La CEDU nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 198 sq.

46. Le recours à l'art. 117, 1er al. de la Constitution nie aux dispositions de la Conv. EDH une applicabilité directe. Ainsi, la Cour constitutionnelle garde intacts son pouvoir et son rôle dans la protection des droits et libertés et réaffirme la primauté de la Constitution. V. : O. Di Giovine, « Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale », *Diritto penale contemporaneo*, 5 nov. 2012, <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1352050319cedu%202012.pdf>.

47. Cour const., arrêt no 348, précité.

48. La norme conventionnelle est « interposée » puisqu'elle a une valeur supralégislative et infraconstitutionnelle (Cour const., arrêt no 349/2007 cit.).

49. CEDH, grande ch., Scoppola c. Italie, 17 septembre 2009.

50. V. supra.

51. Pour le juge a quo, ce principe est issu de l'interprétation croisée des articles 3 et 25 de la Constitution.
52. Art. 3, Const.
53. Art. 13, Const.
54. Trib. Torino, sect. III pén. (ord.) 27 juin 2011, précité.
55. Cour const., arrêt no 230, 12 octobre 2012, cons. 7, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
56. Cour const., arrêts no 348 et no 349 de 2007, précité.
57. Si la Cour constate cette incompatibilité, la disposition internationale doit être « évincée de l'ordre juridique italien » (arrêt no 348/2007, cit.). Ainsi, la Cour considère réa- lisée « la mise en balance entre l'exigence de garantir le respect des organes internationaux établie par la Constitution et l'exigence d'éviter que ce même respect puisse porter atteinte à la Constitution » (arrêt no 349/2007 précité).
58. Cour const., arrêt no 230/2012, cons. 7, précité.
59. V. Cour const., arrêts no 394/2006 et no 487/1989, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
60. Cour const., arrêt no 230/2012, cons. 7, précité.
61. P. Deumier et T. Revet, « Sources du droit », in D. Alland et S. Rials, Dictionnaire de la culture juridique, Paris, Puf, 2003, p. 1432.
62. Arrêt no 230/2012, cons. 7. V. également : Cour const., arrêts no 236/2011, no 303/2011, no 311/2009.
63. Arrêt no 348/2007, précité.
64. F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit., p. 200.
65. Cour EDH, Sunday Times c. RU, 1979, § 61.
66. F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit., pp. 231-234.
67. Cour const., arrêt no 230/2012, cons. 7, précité.
68. En effet, la Cour EDH, pour l'instant, s'est prononcée exclusivement sur des cas de revirements jurisprudentiels in peius, considérant contraire à l'art. 7 de la Convention l'application d'une orientation jurisprudentielle nouvelle, qui élargit la sphère opérationnelle de la norme pénale, à des faits commis antérieurement (CEDH, Del Rio Prada c. Espagne, 10 juillet 2012 ; Pessino c. France, 10 octobre 2006). En revanche, concernant le principe de rétroactivité de la loi plus favorable, la Cour européenne dans l'affaire Scoppola c. Italie du 17 septembre 2009 a considéré que seules les lois postérieures in mitius promulguées avant la condamnation défini- tive doivent être privilégiées par le juge, puisque l'exigence de garantir l'égalité de traitement ne peut pas empiéter sur le principe de sécurité juridique (dans le même sens : arrêt 28 juin 2007, Perez Arias c. Espagne). À la différence de la thèse avancée par le juge a quo, la Cour EDH ne semble donc pas encline à reconnaître ni la valeur législative du revirement jurisprudentiel in mitius ni les effets rétroactif. V. : V. Napoleoni, « Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna », Diritto penale contemporaneo, 15 oct. 2012, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
69. Cour const., arrêt no 230/2012, cons. 9, précité.
70. Idem, cons. 10.
71. Art. 101, 2e al., Const.

72. Cour const., arrêt no 230/2012, cons. 9, précité.
73. Ibid. Dans le même sens : Cour const., arrêt no 91/2004, [www.cortecostituzioanale.it](http://www.cortecostituzioanale.it)
74. Art. 3, Const.
75. Art. 25, 2e al., Const.
76. En France, en revanche, la rétroactivité des lois pénales, affirmée par l'art. 112-1, 3e al. du Code pénal, a été rattachée par le Conseil constitutionnel à l'exigence de nécessité de peines, posée par l'art. 8 DDHC (CC, 19-20 janv. 1981, no 80-127 DC, JCP 1981, II, 19701, note Frank).
77. Cour const., arrêt no 230/2012, cons. 11, précité. En ce sens aussi : Cour const., arrêts no 236/2011, no 215/2008, no 394 et 393/2006, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
78. M. Gambardella, « Eius est abrogare cuius est condere », *Diritto penale contemporaneo*, 12 mai 2012, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
79. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998, pp. 14-15.
80. B. Brunessen, « Cohérence normative et désordres contentieux. À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, no 1/2012, pp. 181 sq. ; M. E. Gennusa, « La Cedu e l'Unione Europea », in M. Cartabia (dir. par), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 91 sq.
84. Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012 (dép. 10 sept. 2012), no 34472. Note F. Vigano, « Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla CEDU nella sentenza Scoppola », *Diritto penale contemporaneo*, 12 sept. 2012, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
85. La Cour européenne consacre ici le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce, qui est affirmé implicitement par l'art. 7.1 de la Convention. J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (sept. 2009-fév. 2010) », *AJDA*, 2010, pp. 997 sq. ; J.-P. Marguénaud, « La proclamation européenne du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce », *Revue de science criminelle*, 2010, pp. 234 sq.
81. Art. 11, Const. V. arrêt fondateur : Cour const., arrêt no 170/1984, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, p. 1098 sq.
82. V. Zagrebelsky, « La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo », in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
83. Il faut préciser que les juges italiens ont déjà essayé à plusieurs reprises de donner une application directe au droit conventionnel. Les tentatives les plus récentes sont celles du Conseil d'État (Sect. IV no 1220, 2 mars 2010) et du tribunal administratif de la région Latium (Sect. II bis, no 11984, 18 mai 2010). L. Fontaine et F. Laffaille, « La "communautarisation" de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge administratif italien et les normes européennes », *RDP*, no 127/2011, 4, juill.-août, pp. 1015 sq.
86. Cour Cass. pén., Ass. plén., ord. 19 avril 2012, précité, § 5.
87. Selon le juge a quo, il s'agirait des décisions mettant en évidence l'existence, au sein de l'ordre juridique national, d'un « problème structurel » dû à la non-conformité du droit interne par rapport à la Convention EDH. Id., § 3.

88. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne constituent en Italie du *ius superveniens*, ayant la valeur du droit écrit quant à leur force contraignante. V. Cour const., ordonnances no 311/2011, no 241/2005 et no 125/2004.
89. La Consulta a déjà considéré que les décisions de la Cour EDH peuvent conduire à la révision du procès de la personne considérée comme victime de la violation de la Convention. Arrêt no 113/2011.
90. A. Ruggeri, « Sistema di fonti o sistema di norme? », précité.
91. M. Duras, *Un barrage contre le Pacifique*, Paris, Gallimard, (1977, 1re éd.), 2010.