

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 143 (2024)

Artikel: La conséquence sur la punissabilité d'une atteinte disproportionnée à un droit fondamental

Autor: Perrin, Bertrand

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1062082>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La conséquence sur la punissabilité d'une atteinte disproportionnée à un droit fondamental

BERTRAND PERRIN^{*/**}

* Professeur de droit pénal à l'Université de Fribourg.

** L'auteur remercie Patricia Meylan pour ses commentaires pertinents et Saranda Demiri pour sa relecture attentive du manuscrit.

Plan

A.	Introduction	283
B.	L'atteinte à un droit fondamental garanti par la CEDH	285
I.	Les conditions de la restriction	285
1.	Les généralités	285
2.	La base légale	286
3.	Les buts et motifs légitimes	287
4.	La nécessité dans une société démocratique	287
II.	La condamnation pénale attentatoire à un droit fondamental dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	288
1.	L'introduction	288
2.	L'affaire Sanchez c. France	288
3.	L'affaire Bouton c. France	289
4.	L'affaire Stoll c. Suisse	289
5.	L'affaire Lacatus c. Suisse	290
6.	Les principales règles	290
C.	Les conséquences d'une violation d'un droit constitutionnel par une condamnation pénale dans la jurisprudence helvétique	292
I.	La restriction des droits fondamentaux (art. 36 Cst.)	292
II.	La jurisprudence fédérale	293
1.	ATF 147 IV 145	293
2.	TF, 6B_1061/2021, 09.05.2022	294
3.	TF, 6B_138/2023, 18.10.2023	295
4.	TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024	295
5.	TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020, 28.09.2021	296
6.	TPF, SK.2023.4, 03.07.2023	297
7.	L'analyse	298
D.	La Constitution et la CEDH comme faits justificatifs	298
I.	Le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité	298
II.	La Constitution et la CEDH: une «loi» au sens de l'art. 14 CP	299
1.	Les actes autorisés par la loi (art. 14 CP)	299
2.	La liberté syndicale comme fait justificatif à une violation de domicile?	299
3.	Les avis doctrinaux	301
4.	Le fait justificatif de l'art. 293 al. 3 CP	303
5.	Le droit fondamental comme fait justificatif extra-légal?	304
6.	Le droit fondamental comme fait justificatif légal	305
E.	Le rôle central du principe de la proportionnalité	306
F.	Conclusion	308
	Bibliographie	311

A. Introduction

Une peine prononcée par une autorité pénale peut porter atteinte à un droit fondamental dont est titulaire la personne condamnée. Par exemple, l'art. 173 du Code pénal (ci-après: CP)¹, qui sanctionne la diffamation, peut entrer en conflit avec le droit fondamental à la liberté d'expression. Pour déterminer si un pré-

1 RS 311.0.

venu doit être reconnu coupable des faits qui lui sont reprochés, le juge pénal examine si les trois conditions de la punissabilité sont remplies: la typicité, l'illicéité et la culpabilité. L'état de fait retenu doit correspondre à un comportement érigé en infraction par le législateur, qui n'est pas rendu licite par un fait justificatif et l'auteur doit pouvoir être tenu responsable de ses actes au sens de l'art. 19 CP.

En droit constitutionnel, «une *atteinte à un droit fondamental* s'entend d'une mesure étatique qui porte atteinte à un intérêt subjectif protégé en tant que droit fondamental, que ce soit de manière compatible ou incompatible avec la protection que le droit constitutionnel ou conventionnel accorde à cet intérêt»². Une atteinte qui s'avère conforme à la protection constitutionnelle ou conventionnelle représente une restriction du droit fondamental, alors que dans le cas contraire, il s'agit d'une violation de ce droit³.

Lorsque le prononcé d'une peine représente une violation d'un droit protégé par la Constitution fédérale (ci-après: Cst.)⁴ ou par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, ci-après: CEDH)⁵, quelle doit en être la conséquence sur le procès pénal? La Constitution ou la CEDH peut-elle être considérée comme un fait justificatif, ce qui exclurait toute punissabilité? Faut-il plutôt considérer que l'analyse de la dimension constitutionnelle ou conventionnelle de la problématique pénale doit s'opérer distinctement de l'examen des conditions de la punissabilité? Dans cette hypothèse, quelle devrait être la conséquence sur la sanction? Faudrait-il aussi conclure à un acquittement par le tribunal, ou à un classement par le ministère public dans la procédure préliminaire, faute de punissabilité? Ou serait-il possible d'envisager une condamnation, le cas échéant avec une réduction, voire une exemption, de peine?

Une étude, publiée en mai 2023, portant sur l'analyse d'environ 150 prononcés pénaux rendus en Suisse dans des procédures impliquant des «militants du climat», souligne que de nombreux juges hésitent à se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: CourEDH)⁶. «Une des observations découlant de l'analyse des décisions rendues dans des cas de désobéissance civile a trait à l'existence d'un manque d'analyse devant les juridictions pénales des dimensions constitutionnelles (liberté fondamentale) des actes en cause.»⁷ Ce

2 JACQUES DUBÉY, *Droits fondamentaux. Volume I. Notions, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018, N 380, p. 121.

3 DUBÉY (note 2), N 381–382, p. 121.

4 RS 101.

5 RS 0.101.

6 JEVGENIY BLUWSTEIN/CLÉMENCE DEMAY/LUCIE BENOIT, *Désobéissance civile et procès climatiques en Suisse. Quels combats se jouent devant les tribunaux suisses?*, 2023, humanrights.ch, p. 14.

7 CLÉMENCE DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un «objet juridique non identifié?»*, Genève/Zurich 2022, N 503, p. 289.

constat peut très probablement être généralisé à l'ensemble des procédures pénales.

Notre objectif consiste à tenter de mieux cerner la relation qui existe entre la violation d'un droit fondamental engendrée par le prononcé d'une condamnation et les conditions de la punissabilité. Cette clarification devrait notamment favoriser un renforcement de la prévisibilité du droit. Notre réflexion se place au confluent du droit pénal et du droit constitutionnel.

Nous résumerons dans un premier temps quel est le régime de la CEDH en matière d'atteinte aux droits fondamentaux, en particulier lorsqu'une sanction pénale est contestée. Puis, nous exposerons quelles conclusions sont tirées par la jurisprudence en Suisse lorsqu'il est constaté qu'un droit constitutionnel ou conventionnel est violé par le prononcé d'une condamnation. Cet état des lieux nous servira de base pour ensuite élaborer un modèle fondé sur les faits justificatifs. Enfin, nous expliquerons en quoi le principe de la proportionnalité et la pesée des intérêts occupent une place centrale dans notre approche.

B. L'atteinte à un droit fondamental garanti par la CEDH

I. Les conditions de la restriction

1. Les généralités

La CEDH ne prévoit pas de clause générale qui fixe les conditions auxquelles une restriction des droits fondamentaux est admise. Au contraire, celles-ci sont précisées pour chacun des droits cités aux art. 8, 9, 10 et 11 CEDH. Les règles énoncées sont, dans les grandes lignes, les mêmes⁸. Une lecture synoptique de ces dispositions avec notre droit interne montre que «le régime de restriction de la Convention européenne est très similaire au système de restriction de la Constitution fédérale: les États parties ne peuvent porter atteinte aux intérêts protégés par la CEDH que si et dans la mesure où ils accomplissent des actes légaux («prévus par la loi») et proportionnés («nécessaires dans une société démocratique») à des buts d'intérêt public («sécurité nationale», «sûreté publique», «but légitime», etc.)»⁹. En d'autres termes, dans le sens de l'art. 36 Cst., l'atteinte doit être fondée sur une base légale, poursuivre un but légitime et s'avérer

8 LUC GONIN/OLIVIER BIGLER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018, art. 8 N 136–252, art. 9 N 102–153, art. 10 N 93–172 et art. 11 N 59–109. Des règles sont spécifiques à certains droits fondamentaux. Par exemple, pour déterminer si une ingérence est «nécessaire dans une société démocratique» au regard de l'art. 8 CEDH en matière d'expulsion de jeunes adultes n'ayant pas encore fondé leur propre famille, il sied de prendre en compte «la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux de l'intéressé avec le pays d'accueil et avec le pays de destination» (CourEDH, arrêt Savran c. Danemark du 7 décembre 2021, req. 57467/15, § 182).

9 DUBEY (note 2), N 493, p. 150.

nécessaire dans une société démocratique c'est-à-dire respecter le principe de la proportionnalité¹⁰.

Art. 8 CEDH

(Droit au respect de la vie privée et familiale)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Art. 9 CEDH

(Liberté de pensée, de conscience et de religion)

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Art. 10 CEDH

(Liberté d'expression)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Art. 11 CEDH

(Liberté de réunion et d'association)

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.

2. La base légale

Une mesure litigieuse doit s'appuyer sur une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit; cela irait à l'encontre de ce dernier principe «si le pouvoir d'appréciation accordé aux autorités compétentes ne connaissait pas de limites. La loi doit donc définir l'étendue et les modalités de l'exercice d'un tel pouvoir avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire [...]. Dans ce contexte, il appartient

10 GONIN/BIGLER (note 8), art. 8 N 136 et art. 10 N 93.

au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne [...]»¹¹. La loi doit être accessible au justiciable et prévisible dans ses effets¹². Selon la jurisprudence de la CourEDH, rendue dans le contexte de l'art. 7 CEDH («pas de peine sans loi»), «la condition selon laquelle la loi doit définir clairement les infractions se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir de l'énoncé de la disposition en cause – au besoin à l'aide de l'interprétation qu'en donnent les tribunaux – quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale [...]»¹³.

3. *Les buts et motifs légitimes*

Les art. 8, 9, 10 et 11 CEDH citent des buts et motifs légitimes, susceptibles de justifier une atteinte, partiellement identiques, l'énumération de l'art. 9 § 2 CEDH étant toutefois plus limitée. Ils sont énoncés de manière exhaustive, mais «définis de manière large et interprétés avec une certaine souplesse»¹⁴. «La Cour a d'ailleurs elle-même reconnu que, dans la plupart des cas, elle traite la question sommairement. [...] En vérité, elle s'attache surtout à trancher la question, étroitement liée à celle de l'existence d'un but légitime, de savoir si la restriction est nécessaire ou justifiée, en d'autres termes si elle est fondée sur des motifs pertinents et suffisants et si elle est proportionnée aux buts ou motifs pour lesquels elle est autorisée. Ces buts et motifs constituent les critères d'appréciation de la nécessité ou de la justification de la restriction [...]»¹⁵. «Même lorsqu'elle écarte certains des buts invoqués, dès lors qu'elle admet que l'ingérence poursuit au moins l'un d'entre eux, elle n'examine pas plus avant cette question et cherche alors à déterminer si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ce but [...]»¹⁶.

4. *La nécessité dans une société démocratique*

«La question de la nécessité d'une restriction dans une société démocratique est [...] **cardinale** en matière de droits fondamentaux et de droits de l'homme. C'est à ce niveau que, très fréquemment, les perceptions diffèrent entre autorités exécutives et judiciaires, ou entre diverses instances prétoriennes.»¹⁷

11 CourEDH, arrêt *Selahattin Demirtas c. Turquie* du 22 décembre 2020, req. 14305/17, § 249 et les références jurisprudentielles citées.

12 CourEDH, arrêt *Selahattin Demirtas c. Turquie* du 22 décembre 2020, req. 14305/17, § 249 et les références jurisprudentielles citées.

13 CourEDH, arrêt *Bouton c. France* du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 34 et les références jurisprudentielles citées.

14 CourEDH, arrêt *Navalny c. Russie* du 15 novembre 2018, req. 29580/12 et 4 autres, § 120.

15 CourEDH, arrêt *Navalny c. Russie* du 15 novembre 2018, req. 29580/12 et 4 autres, § 120.

16 CourEDH, arrêt *Marabishvili c. Géorgie* du 28 novembre 2017, req. 72508/13, § 297 et les références jurisprudentielles citées.

17 GONIN/BIGLER (note 8), art. 8 N 178.

La CourEDH considère que l'adjectif «nécessaire», au sens de l'art. 10 § 2 CEDH, implique un «besoin social impérieux»¹⁸. «Les Hautes Parties contractantes jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent [...]. La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales compétentes [...]: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants»¹⁹.

II. La condamnation pénale attentatoire à un droit fondamental dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

1. *L'introduction*

L'atteinte à un droit fondamental peut prendre la forme d'une condamnation pénale. Nous examinerons ici quelques affaires représentatives dans lesquelles la CourEDH a dû se prononcer sur la conformité à la CEDH d'une telle atteinte. Elles permettront d'illustrer la problématique, mais, surtout, de mettre en lumière les règles centrales dégagées par la CourEDH.

2. *L'affaire Sanchez c. France*

Par jugement du 28 février 2013, le Tribunal correctionnel de Nîmes a reconnu le recourant coupable de provocation à la haine ou à la violence à une amende de 4 000 euros²⁰, en raison de propos qui avaient été publiés par des tiers sur le mur de son compte Facebook. Le 18 octobre 2013, la Cour d'appel de Nîmes a confirmé le jugement sur sa culpabilité, mais a réduit la sanction à 3 000 euros²¹. Par arrêt du 17 mars 2015, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi intenté par le recourant²².

Devant la CourEDH, le recourant a soutenu que sa condamnation pénale était contraire à l'art. 10 CEDH²³. Les parties, comme la CourEDH, ont admis «que la condamnation pénale du requérant a constitué une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression garanti par l'art. 10 § 1 de la Convention»²⁴. La CourEDH a constaté la légalité de l'ingé-

18 CourEDH, arrêt *Erkizia Almandoz c. Espagne* du 22 juin 2021, req. 5869/17, § 37 et les références jurisprudentielles citées.

19 CourEDH, arrêt *Erkizia Almandoz c. Espagne* du 22 juin 2021, req. 5869/17, § 37 et les références jurisprudentielles citées.

20 CourEDH, arrêt *Sanchez c. France* du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 25.

21 CourEDH, arrêt *Sanchez c. France* du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 30.

22 CourEDH, arrêt *Sanchez c. France* du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 34.

23 CourEDH, arrêt *Sanchez c. France* du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 83.

24 CourEDH, arrêt *Sanchez c. France* du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 122.

rence²⁵ et a précisé que cette dernière «poursuivait non seulement le but légitime de protéger la réputation ou les droits d'autrui, mais également celui d'assurer la défense de l'ordre et la prévention du crime [...]»²⁶, et, de surcroît, qu'elle était «nécessaire dans une société démocratique»²⁷.

3. *L'affaire Bouton c. France*

La requérante était membre des «Femen», organisation internationale qui se consacre à la défense des droits des femmes «et connue pour les actions de provocation de ses membres qui protestent seins nus afin de lutter contre l'image de la femme considérée comme un objet sexuel. Le 20 décembre 2013, [la requérante] manifesta, en dehors de tout office, dans l'église de la Madeleine à Paris en se présentant devant l'autel, la poitrine dénudée et le corps couvert de slogans, afin de mimer, à l'aide d'un morceau de foie de bœuf, un avortement»²⁸. Le Tribunal correctionnel l'a condamnée pour exhibition sexuelle (art. 222-32 du Code pénal français) à un mois d'emprisonnement, assorti d'un sursis simple²⁹. La Cour d'appel a confirmé le jugement et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi intenté contre ce dernier³⁰.

La requérante a invoqué une violation de l'art. 10 CEDH³¹. La CourEDH a estimé que les conditions de la base légale et du but légitime étaient réalisées³². En revanche, elle a conclu «que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante que constitue la peine d'emprisonnement avec sursis qui a été prononcée à son encontre n'était pas «nécessaire dans une société démocratique»»³³.

4. *L'affaire Stoll c. Suisse*

En 1997, un journaliste a publié deux articles qui citaient des passages d'un document stratégique confidentiel rédigé par un ambassadeur. Le journaliste a été condamné pour «publication de débats officiels secrets» (art. 293 CP, dans sa version de l'époque). Le Tribunal de district de Zurich lui a infligé une amende de 800 francs; ses recours successifs au Tribunal cantonal, puis au Tribunal fédéral ont été rejetés³⁴.

25 CourEDH, arrêt Sanchez c. France du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 142.

26 CourEDH, arrêt Sanchez c. France du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 144.

27 CourEDH, arrêt Sanchez c. France du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 209.

28 CourEDH, arrêt Bouton c. France du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 5.

29 CourEDH, arrêt Bouton c. France du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 9.

30 CourEDH, arrêt Bouton c. France du 13 octobre 2022, req. 22636/19, §§ 10 et 13.

31 CourEDH, arrêt Bouton c. France du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 21.

32 CourEDH, arrêt Bouton c. France du 13 octobre 2022, req. 22636/19, §§ 40 et 41.

33 CourEDH, arrêt Bouton c. France du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 67.

34 CourEDH, arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, §§ 27–31.

Le condamné a allégué une violation de sa liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH³⁵. La question centrale à trancher était celle de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique»³⁶. La CourEDH a conclu qu'«il apparaît que dans la mise en balance, à la lumière de tous les éléments pertinents, des intérêts en jeu en l'espèce, les autorités pénales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Par conséquent, la condamnation du requérant peut passer pour une mesure proportionnée au but légitime visé. Il s'en suit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention»³⁷.

5. *L'affaire Lacatus c. Suisse*

La requérante, appartenant à la communauté rom, a été condamnée à une amende de 500 francs assortie d'une peine privative de liberté de cinq jours en cas de non-paiement, en application de la loi pénale genevoise, pour avoir mendié sur la voie publique. Elle a été placée en détention pendant cinq jours parce qu'elle ne l'a pas payée³⁸.

Devant la CourEDH, elle a soutenu que l'interdiction de mendier sur la voie publique a porté une atteinte inadmissible à sa vie privée, au regard de l'art. 8 CEDH³⁹. La CourEDH a considéré que ce dernier était applicable⁴⁰.

6. *Les principales règles*

Dans l'affaire Sanchez c. France, la CourEDH a rappelé «qu'il n'est pas exclu, dans des circonstances exceptionnelles, notamment en cas de diffusion d'un discours de haine ou d'incitation à la violence, qu'une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine du discours politique puisse être regardée comme étant compatible avec la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention [...]». En outre, même lorsque le montant des amendes infligées peut paraître élevé au regard des circonstances de la cause, cela doit être apprécié à l'aune du fait que les intéressés encouraient en principe des peines d'emprisonnement [...]»⁴¹. *In casu*, le recourant encourait jusqu'à un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende et n'a finalement été condamné qu'à 3 000 euros d'amende. «En outre, [...] cette condamnation n'a pas entraîné d'autres conséquences pour le requérant [...]»⁴².

35 CourEDH, arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 45.

36 CourEDH, arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 101.

37 CourEDH, arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 162.

38 CourEDH, arrêt Lacatus c. Suisse du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 1.

39 CourEDH, arrêt Lacatus c. Suisse du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 50.

40 CourEDH, arrêt Lacatus c. Suisse du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 60.

41 CourEDH, arrêt Sanchez c. France du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 207.

42 CourEDH, arrêt Sanchez c. France du 15 mai 2023, req. 45581/15, § 208.

Dans l'affaire *Bouton c. France*, la CourEDH a précisé «que la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence. À cet égard, elle a maintes fois eu l'occasion de souligner, dans le contexte des affaires relatives à l'article 10 de la Convention, que le prononcé d'une condamnation pénale constituait l'une des formes les plus graves d'ingérence dans la liberté d'expression [...]»⁴³. Elle a ajouté «que les instances nationales doivent faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale, tout spécialement s'agissant du prononcé d'une peine d'emprisonnement qui revêt un effet particulièrement dissuasif quant à l'exercice de la liberté d'expression [...]»⁴⁴. La CourEDH a conclu «que les motifs retenus par les juridictions internes ne suffisent pas à ce qu'elle regarde la peine infligée à la requérante, compte tenu de sa nature ainsi que de sa lourdeur et de la gravité de ses effets, comme proportionnée aux buts légitimes poursuivis»⁴⁵.

Dans l'affaire *Stoll c. Suisse*, la CourEDH a examiné en particulier la proportionnalité de la sanction prononcée. Elle a rappelé «que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesure la proportionnalité d'une ingérence [...]»⁴⁶. Elle a considéré que le montant de l'amende de 800 francs était «relativement faible»⁴⁷, tout en considérant également qu'«il peut arriver que le fait même de la condamnation importe plus que le caractère mineur de la peine infligée [...]»⁴⁸. Elle a finalement considéré que l'amende n'était pas disproportionnée⁴⁹.

Dans l'affaire *Lacatus c. Suisse*, la CourEDH a examiné si la peine prononcée s'avérait nécessaire dans une société démocratique. Elle a considéré que l'amende de 500 francs, assortie d'une peine privative de liberté de substitution de cinq jours, représentait une sanction «grave», ne pouvant être justifiée que par de solides motifs d'intérêts publics⁵⁰. Or, la pesée des intérêts en jeu n'a pas permis d'aboutir à une telle conclusion. La CourEDH a estimé «que la sanction infligée [...] ne constituait une mesure proportionnée ni au but de la lutte contre la criminalité organisée [réseaux de mendicité qui exploitent des personnes], ni à

43 CourEDH, arrêt *Bouton c. France* du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 46 et les références jurisprudentielles citées.

44 CourEDH, arrêt *Bouton c. France* du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 46 et les références jurisprudentielles citées.

45 CourEDH, arrêt *Bouton c. France* du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 66.

46 CourEDH, arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 153 et les références jurisprudentielles citées.

47 CourEDH, arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 157.

48 CourEDH, arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 154 et les références jurisprudentielles citées.

49 CourEDH, arrêt *Stoll c. Suisse* du 10 décembre 2007, req. 69698/01, § 161.

50 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, §§ 108–110.

celui visant la protection des droits des passants, résidents et propriétaires des commerces»⁵¹.

En résumé, pour déterminer si une condamnation pénale est conforme à la Convention, la CourEDH prend en compte la quotité de la peine. Une sanction lourde peut s'avérer contraire à la CEDH, alors qu'une peine plus clémentaire pourrait être conforme à cette dernière. Cependant, elle a aussi rappelé, en ce qui concerne le pouvoir de contrôle du juge interne, «que dès lors que les conclusions des autorités n'apparaissent ni arbitraires ni manifestement déraisonnables, il ne lui appartient pas de se substituer à l'appréciation faite par elles, y compris par rapport à l'examen de la proportionnalité de la mesure litigieuse»⁵². Elle a également souligné «que, dans le contexte de l'examen de la proportionnalité de la mesure [...], c'est, indépendamment du caractère mineur ou non de la sanction infligée, le fait même de la condamnation qui importe [...]»⁵³. «Il incombe [...] au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit national et, après avoir apprécié les faits en litige et leur contexte, et recherché si les éléments constitutifs de l'infraction étaient réunis, de conclure ou non à la déclaration de culpabilité du prévenu [...]. De même, la fixation des peines est en principe l'apanage des juridictions internes [...]»⁵⁴.

L'analyse de la proportionnalité peut donc porter à la fois sur la sanction pénale elle-même et sur son ampleur. Nous verrons que cette distinction est importante.

C. Les conséquences d'une violation d'un droit constitutionnel par une condamnation pénale dans la jurisprudence helvétique

I. La restriction des droits fondamentaux (art. 36 Cst.)

Selon l'art. 36 al. 1 à 3 Cst., la restriction d'un droit fondamental doit reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public (y compris celui à la protection des droits fondamentaux d'autrui) et être proportionnée au but visé. «Les restrictions graves des droits fondamentaux doivent être fondées sur une base claire et explicite dans une loi au sens formel, tandis que les restrictions légères peuvent être fondées sur une loi au sens matériel.»⁵⁵ Comme nous l'avons sou-

51 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 115.

52 CourEDH, arrêt *Lacatus c. Suisse* du 19 janvier 2021, req. 14065/15, § 100 et les références jurisprudentielles citées.

53 CourEDH, arrêt *Halet c. Luxembourg* du 14 février 2023, req. 21884/18, § 204; CourEDH, arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* du 10 novembre 2015, req. 40454/07, § 151; CourEDH, arrêt *Roseiro Bento c. Portugal* du 18 avril 2006, req. 29288/02, § 45.

54 CourEDH, arrêt *Bouton c. France* du 13 octobre 2022, req. 22636/19, § 50 et les références jurisprudentielles citées.

55 ATF 147 IV 145, c. 2.4.1 et les références jurisprudentielles citées.

ligné, le régime de restriction de la CEDH «ressemble au trépied de l'art. 36 al. 1 à 3 Cst., légalité-intérêt public-proportionnalité»⁵⁶.

Le principe de la proportionnalité «exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent pas être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics privés ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit [...])»⁵⁷. Cette dernière condition consiste à peser les intérêts en conflit «pour comparer leur importance respective au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce [...]»⁵⁸.

II. La jurisprudence fédérale

1. ATF 147 IV 145

Un journaliste a été condamné à une amende de 2 500 francs pour insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP) par la Cour pénale du Tribunal cantonal neuchâtelois. Le Tribunal fédéral n'a pas remis en cause la réalisation de l'infraction. Il a examiné si la condamnation portait atteinte à la liberté d'expression ou à celle des médias⁵⁹. Il a envisagé la problématique sous l'angle de l'art. 10 CEDH, ainsi que des art. 16 Cst. («libertés d'opinion et d'information») et 17 Cst. («liberté des médias»). Après avoir établi que la condamnation avait porté atteinte à la liberté d'expression du journaliste et à la liberté des médias, il a examiné, sous l'angle de l'art. 36 Cst., si les conditions de restriction de ces droits fondamentaux étaient réalisées. Notons qu'il n'a pas fait référence au critère de la «nécessité dans une société démocratique». Par la suite, il a examiné la condition de l'intérêt public en employant l'expression de «but légitime», caractéristique de la CEDH. Le Tribunal fédéral a examiné les conditions de la restriction d'un droit fondamental en utilisant indifféremment les terminologies propres à la Constitution et à la CEDH. Nous en concluons qu'il considère leurs conditions respectives comme identiques.

Le journaliste avait diffusé une information, alors que le tribunal avait assorti sa présence aux débats à huis clos, sur la base de l'art. 70 al. 3 du Code de procédure pénale (ci-après: CPP)⁶⁰, de la condition de ne pas la diffuser. L'observation de cette condition avait été assortie d'une commination au sens de l'art. 292 CP. La condition de la base légale était donc remplie⁶¹. Le but légitime consis-

56 JACQUES DUBEY, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (éd.), Commentaire romand. Constitution, Bâle 2021, art. 36 N 11 (CR Cst.-DUBEY).

57 ATF 147 IV 145, c. 2.4.1 et les références jurisprudentielles citées.

58 CR Cst.-DUBEY (note 56), art 36 N 121.

59 ATF 147 IV 145, c. 2.4.

60 RS 312.0.

61 ATF 147 VI 145, c. 2.4.2.

tait à protéger les enfants de l’auteur de l’infraction et de l’une des victimes contre la révélation de faits dont la connaissance par le public aurait pu se révéler préjudiciable: «[...] la condition imposée par le tribunal criminel pour la présence des chroniqueurs judiciaires aux débats, ainsi que la commination fondée sur l’art. 292 CP, avaient pour unique objectif d’éviter que les enfant du prévenu et de l’une des victimes [...] fussent par la suite exposés par la suite à la curiosité morbide de camarades ou d’adultes désireux d’obtenir des détails relatifs au déroulement des événements»⁶².

L’issue de la procédure devant le Tribunal fédéral s’est jouée sur la question de la proportionnalité. Il a considéré que la règle de l’aptitude n’avait pas été respectée. Au moment où l’injonction avait été prononcée, le public avait déjà été informé de la présence de l’enfant du prévenu sur les lieux du drame. Or, le tribunal criminel voulait justement éviter que le public sache qu’il avait été témoin des infractions commises⁶³.

Par conséquent, le Tribunal fédéral a considéré que la condamnation du journaliste représentait une restriction de ses droits inadmissibles au regard de l’art. 36 Cst. Il a conclu à l’admission du recours, à l’annulation du jugement attaqué et au renvoi à l’autorité cantonale pour qu’elle acquitte le journaliste⁶⁴.

2. *TF, 6B_1061/2021, 09.05.2022*

En lien avec des manifestations pour le climat, à Lausanne, A a été condamné pour différentes infractions, dont celle d’entrave aux services d’intérêt général (art. 239 CP). Il avait bloqué la circulation sur la voie publique à plusieurs reprises.

Devant le Tribunal fédéral, A a invoqué les art. 10 et 11 CEDH, ainsi que les art. 16 et 22 Cst. («liberté de réunion»). Il a également affirmé qu’il avait exercé sa liberté d’expression pour défendre le droit à la vie (art. 2 CEDH) et celui de «vivre dans un environnement sain» (art. 8 CEDH), dans un contexte de lutte contre le dérèglement climatique. Le Tribunal fédéral a rappelé le contenu de l’art. 14 CP consacré aux «actes autorisés par la loi»⁶⁵.

Le Tribunal fédéral a considéré qu’au vu des «sérieuses entraves à l’utilisation des installations publiques, les autorités étaient fondées à intervenir aux fins de déloger les manifestants et de rétablir l’ordre public»⁶⁶. Il a conclu «que le droit fédéral, constitutionnel et conventionnel dont se prévaut le recourant n’a pas pour effet de rendre licites les actes incriminés»⁶⁷.

62 ATF 147 IV 145, c. 2.4.3.

63 ATF 147 IV 145, c. 2.4.4.2.

64 ATF 147 IV 145, c. 2.4.4.2.

65 TF, 6B_1061/2021, 09.05.2022 c. 4.

66 TF, 6B_1061/2021, 09.05.2022 c. 4.4.

67 TF, 6B_1061/2021, 09.05.2022 c. 4.5.

3. *TF, 6B_138/2023, 18.10.2023*

Lors de la journée commerciale «*black friday*», des sympathisants des mouvements «Extinction rébellion» et «Grève pour le climat» se sont placés dans le hall d'entrée principale d'un centre commercial, barrant l'accès au public. Ils ont été condamnés en première instance pour contrainte (art. 181 CP) et acquittés par la juridiction d'appel. Le Ministère public du canton de Fribourg a interjeté recours au Tribunal fédéral⁶⁸.

Le Tribunal fédéral s'est demandé si les actes des prévenus étaient protégés par la liberté d'expression et de réunion⁶⁹. Il a noté que «la manifestation à laquelle les intimés ont participé s'est déroulée de manière pacifique. Elle n'avait pas de but violent et ne s'est pas déroulée dans une atmosphère agressive. Certes, les intimés ont mis en place un barrage dans la galerie commerciale et devant l'entrée principale, à l'aide de caddies et se sont enchaînés les uns aux autres, de manière à empêcher des passants de pénétrer dans le centre commercial. Un tel comportement n'est toutefois pas d'une nature ou d'une gravité propre à faire échapper la participation des manifestants au domaine de protection du droit à la liberté de réunion pacifique [...]»⁷⁰. Il a conclu que «la cour cantonale pouvait ainsi admettre que l'action des intimés était protégée par la liberté d'expression et de réunion et les libérer du chef de prévention de l'infraction de contrainte»⁷¹.

4. *TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024*

Dans le même complexe de faits que celui de l'arrêt du 9 mai 2022⁷², cinq prévenus ont été condamnés notamment pour entrave aux services d'intérêt général. Ils soutenaient que cette condamnation constituait une violation de leur liberté de réunion.

La condamnation reposait sur une base légale⁷³ et poursuivait plusieurs buts légitimes: la sûreté publique, la défense de l'ordre, ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui⁷⁴. Une fois de plus, c'est l'examen du critère de la «nécessité dans une société démocratique» qui a déterminé l'issue de la procédure. Les condamnés se prévalaient de l'art. 11 § 2 CEDH. Le Tribunal fédéral a souligné que «les limites de la tolérance que les autorités sont censées démontrer à l'égard d'un rassemblement illicite dépendent des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la durée et de l'ampleur du trouble à l'ordre public causé par le rassemblement ainsi que de la question de savoir si ses participants

68 TF, 6B_138/2023, 18.10.2023 c. A-C.

69 TF, 6B_138/2023, 18.10.2023 c. 3.4.1.

70 TF, 6B_138/2023, 18.10.2023 c. 3.4.1.

71 TF, 6B_138/2023, 18.10.2023 c. 3.4.2.

72 *Supra*, chap. C/II/2.

73 TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024 c. 10.3.

74 TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024 c. 10.4.3.

se sont vu offrir une possibilité suffisante d'exprimer leur opinion [...]»⁷⁵. En se fondant sur la jurisprudence de la CourEDH, il a rappelé que «la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but qu'elle poursuit [...]»⁷⁶. En conclusion, il a «constaté que les sanctions pénales imposées aux recourants, y compris celles qui pourraient l'être par la cour cantonale suite au renvoi par le Tribunal fédéral, ne consacrent pas une violation de leur liberté de réunion garantie par l'art. 11 CEDH. Au contraire, elles résultent d'un juste équilibre entre les buts légitimes de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et de la protection des droits et libertés d'autrui, d'une part, et les impératifs de la liberté de réunion, d'autre part»⁷⁷.

5. *TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020, 28.09.2021*

Lors d'une marche pour le climat, A s'est extrait du cortège et a maculé de peinture et de tracts la façade d'un bâtiment. Il a été condamné par le Tribunal de police du canton de Genève à une peine pécuniaire de dix jours-amende à 30 francs le jour, avec sursis et un délai d'épreuve de trois ans. La juridiction d'appel l'a acquitté et le Ministère public genevois a déposé un recours en matière pénale au Tribunal fédéral⁷⁸.

Le Tribunal fédéral a estimé que A avait commis «un acte de vandalisme incompatible avec la liberté d'expression et d'opinion»⁷⁹. A s'était notamment fondé sur un arrêt de la CourEDH dans lequel cette dernière avait considéré «que le fait de verser de la peinture sur des statues d'Atatürk en guise de protestation contre le régime politique de l'époque constituait une forme d'expression protégée par l'art. 10 CEDH [...]»⁸⁰. Toutefois, le Tribunal fédéral a estimé que les deux cas étaient différents. A a porté atteinte aux droits de particuliers en commettant des dommages à la propriété, «alors que dans le cas Murat Vural, le requérant n'avait pas été reconnu coupable de vandalisme, mais uniquement d'avoir insulté la mémoire d'Atatürk. Mais, surtout, la peine infligée à l'intimée en première instance et requise par le ministère public (peine pécuniaire de dix jours-amende à 30 fr., assortie du sursis pendant trois ans) n'est pas comparable à celle prononcée par les autorités turques à l'encontre de Murat Vural (treize ans d'emprisonnement). À cet égard, on relèvera que la CourEDH a admis qu'une sanction pénale pour, par exemple, jet de pierres sur les forces de l'ordre

75 TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024 c. 10.5.1.

76 TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024 c. 10.5.1.

77 TF, 6B_1460/2022, 16.01.2024 c. 10.6.

78 TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020, 28.09.2021 c. A-C.

79 TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020, 28.09.2021 c. 4.3.

80 TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020, 28.09.2021 c. 4.3, avec la référence à l'arrêt de la CourEDH Murat Vural c. Turquie du 21 octobre 2014, req. 9540/07.

lors d'une manifestation ne pouvait pas être exclue, dans la mesure où la sanction était proportionnée aux intérêts publics protégés [...]»⁸¹.

6. TPF, SK.2023.4, 03.07.2023

Des militants du climat avaient été condamnés par ordonnances pénales décernées par le Ministère public de la Confédération pour provocation à la violation des devoirs militaires (art. 276 CP). Après oppositions, ils ont été acquittés par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral⁸².

Le tribunal a estimé que l'infraction était réalisée pour deux des trois prévenus. Mais, il a considéré qu'ils pouvaient se prévaloir de la liberté d'expression. Les condamnations reposaient sur une base légale (art. 276 CP), poursuivaient un but légitime (la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse), mais n'étaient, *in casu*, pas proportionnées⁸³. La Cour s'est interrogée sur les conséquences à tirer, pénalement, de cette atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. «Elle pourrait avoir une influence sur la mesure de la peine. Les conditions de la punissabilité (typicité, illicéité et culpabilité) seraient considérées comme remplies et le prévenu, reconnu coupable, serait mis au bénéfice d'une réduction de peine, voire d'une exemption de toute peine. Deux approches peuvent alors être suivies: La première considère que les droits fondamentaux inscrits dans la Cst. et la CEDH sont applicables directement après l'analyse de la typicité, de l'illicéité et de la culpabilité. À l'issue de cette analyse en trois points, si une atteinte à un droit fondamental était constatée, il se justifierait de prononcer une réduction, une exemption de peine, voire un acquittement. Une seconde solution consiste à considérer que si l'atteinte portée par l'acte étatique à la liberté fondamentale ne remplit pas les conditions à la restriction de cette dernière, en particulier le respect du principe de proportionnalité, l'auteur de l'infraction peut se prévaloir de la CEDH en tant que fait justificatif au sens de l'art. 14 CP»⁸⁴. Sans trancher la question, le tribunal, en se fondant principalement sur l'ATF 147 IV 145 que nous avons présenté précédemment⁸⁵, a considéré que «la conséquence à une restriction inadmissible à la liberté d'expression doit être l'acquittement des prévenus [...]»⁸⁶.

81 TF, 6B_1298/2020, 6B_1310/2020, 28.09.2021 c. 4.3.

82 TPF, SK.2023.4, 03.07.2023, destiné à la publication. Entré en force.

83 TPF, SK.2023.4, 03.07.2023, c. 6.1.16 et 6.1.23.

84 TPF, SK.2023.4, 03.07.2023, c. 6.1.25-6.1.27.

85 *Supra*, chap. C/II/1.

86 TPF, SK.2023.4, 03.07.2023, c. 6.1.28.

7. *L'analyse*

Dans l'ATF 147 IV 145, la conséquence de la restriction disproportionnée aux droits fondamentaux a été l'acquittement du prévenu. Dans l'arrêt du 9 mai 2022, implicitement, l'affaire a été examinée sous l'angle des faits justificatifs, étant donné la référence à l'art. 14 CP. Dans le cas du «*black friday*», le Tribunal fédéral n'a même pas indiqué si les éléments constitutifs de la contrainte étaient réalisés. Le point central de son raisonnement consistait à savoir si les prévenus pouvaient se prévaloir de la liberté d'expression et de réunion. La réponse fut positive, avec pour conséquence la confirmation de l'acquittement prononcée par l'instance précédente.

La conclusion que nous pouvons tirer de l'examen de ses trois arrêts est que la violation de droits fondamentaux a pour conséquence un acquittement, donc une absence de punissabilité. Alors que si l'atteinte est légitime, les actes incriminés ne sont pas rendus licites.

Dans l'arrêt du 16 janvier 2024, le Tribunal fédéral, se fondant sur la jurisprudence de la CourEDH, a rappelé que dans le contexte de l'analyse de la proportionnalité de la sanction, la nature et l'ampleur de la peine sont des éléments à prendre en compte. Dans celui du 28 septembre 2021, il a estimé que la comparaison opérée par l'intimé avec une affaire turque jugée par la CourEDH n'était pas pertinente en raison d'une différence très importante dans la lourdeur de la sanction (dix jours-amende à 30 francs avec sursis *in casu*, contre treize ans d'emprisonnement dans l'affaire jugée à Strasbourg). Enfin, le Tribunal pénal fédéral s'est demandé si la CEDH représentait un fait justificatif légal, sans trancher la question, mais en acquittant le prévenu sur la base de l'ATF 147 IV 145.

D. La Constitution et la CEDH comme faits justificatifs

I. Le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité

Avant de poursuivre notre analyse, il convient de rappeler quelques différences entre l'examen de la conventionnalité et celle de la constitutionnalité d'une atteinte à un droit fondamental. Malgré la très grande similitude de l'analyse de la proportionnalité selon les règles de la CEDH et de la Constitution, «on veillera lors de l'invocation de garanties de la CEDH sur le plan interne au fait que [...] la confrontation d'un régime de restriction à l'autre n'a de sens que dans la mesure où **l'état de fait visé est couvert** à la fois par une liberté conventionnelle et par une garantie constitutionnelle – ce qui ne va pas de soi; [...] par-delà leur similarités, les clauses de restriction de la CEDH et de l'art. 36 Cst. peuvent conduire à des **solutions différentes**, ne serait que parce que les clauses spéciales de la CEDH laissent moins de marge de manœuvre que la clause générale de l'art. 36 Cst. [...]; [...] un régime de

restriction plus exigeant en vertu de la CEDH que selon l'art. 36 Cst. peut affecter l'application du second nommé, par application de la maxime d'**interprétation du droit interne conforme au droit international** permettant d'éviter les contractions entre l'un et l'autre»⁸⁷.

L'art. 190 Cst. prévoit que «le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international». Cette disposition impose une obligation d'appliquer les lois fédérales, sans toutefois en interdire le contrôle⁸⁸. En raison de cette immunité, le Tribunal fédéral doit appliquer les dispositions du Code pénal, même si elles s'avèrent contraires à la Constitution. Il doit, en revanche, les interpréter de manière conforme à cette dernière et à la CEDH⁸⁹.

II. La Constitution et la CEDH: une «loi» au sens de l'art. 14 CP

1. Les actes autorisés par la loi (art. 14 CP)

Selon l'art. 14 CP, «quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi». L'acte n'est licite que s'il est proportionné à son but⁹⁰. Selon le Tribunal fédéral, le concept de «loi» s'interprète au sens matériel du terme⁹¹, c'est-à-dire qu'il faut une règle de droit. L'art. 14 CP représente une «disposition cadre», puisqu'elle renvoie à d'autres normes légales; elle n'introduit pas de fait justificatif en tant que tel, mais déclare licites des actes qui le sont déjà sur la base d'une autre norme juridique⁹². La question à laquelle nous avons à répondre est de savoir si cette dernière peut prendre la forme de la Constitution ou de la CEDH.

2. La liberté syndicale comme fait justificatif à une violation de domicile?

La jurisprudence n'a pas tranché le point de savoir si une norme de rang constitutionnel qui déploie des effets horizontaux constitue une «loi» au sens de

87 CR Cst.-DUBÉY (note 56), art. 36 N 11.

88 VINCENT MARTENET, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (éd.), Commentaire romand. Constitution, Bâle 2021, art. 190 N 39.

89 ATF 126 IV 236, c. 4.

90 TF, 6B_960/2017, 02.05.2018, c. 3.2; ATF 107 IV 84, c. 4.

91 TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.1; ATF 94 IV 5, c. 1.

92 MICHEL DUPUIS/LAURENT MOREILLON/CHRISTOPHE PIGUET/SÉVERINE BERGER/MIRIAM MAZOU/VIRGINIE RODIGARI, Petit Commentaire. Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, art. 14 N 1; MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4^e éd., 2016, N 706, p. 109; GILLES MONNIER, in: Laurent Moreillon/Alain Macaluso/Nicolas Queloz/Nathalie Dongois (éd.), Commentaire romand. Code pénal I, 2^e éd., Bâle 2021, Intro aux art. 14–18 N 21 (CR CPI-MONNIER); STEFAN TRECHSEL/CHRISTOPHER GETH, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafrecht. Praxiskommentar, 4^e éd., Zurich/St-Gall 2021, art. 14 N 1 (PK StGB-TRECHSEL/GETH).

l'art. 14 CP⁹³. Rappelons que les droits fondamentaux posent des limites à l'activité étatique. En d'autres termes, le destinataire de ces droits est l'État (effet vertical des droits fondamentaux), dont font parties les autorités pénales. La théorie de l'effet horizontal des droits fondamentaux (*Drittwirkung*) postule une application directe de ces droits dans les rapports entre les particuliers⁹⁴. Les lois, pénales notamment, doivent être interprétées de manière conforme aux droits fondamentaux. L'effet horizontal indirect de ces derniers, qui constitue un aspect de la méthode d'interprétation systématique des normes, signifie que «l'interprétation conforme à la Constitution implique notamment que, lorsque la loi contient des notions juridiques imprécises, les juges déterminent leur sens en tenant compte de la liberté ou de la garantie constitutionnelle en cause»⁹⁵. Par exemple, l'art. 28 Cst. («liberté syndicale») déploie un effet horizontal indirect sur les relations de travail dans le secteur privé⁹⁶. La Constitution fédérale ne prévoit qu'un seul cas dans lequel un droit fondamental déploie un effet horizontal direct: le principe de l'égalité salaires entre hommes et femmes (art. 8 al. 3 Cst.) s'applique directement dans les relations entre les particuliers⁹⁷.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019, des prévenus avaient été condamnés notamment pour violation de domicile (art. 186 CP). Dans le cadre d'une grève, ils avaient refusé de quitter les places de parc qu'ils occupaient à l'intérieur de l'enceinte d'un hôpital. Ils ne contestaient pas que les éléments constitutifs de l'infraction étaient réalisés, mais ils estimaient que leur droit de grève représentait un fait justificatif au sens de l'art. 14 CP⁹⁸.

Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question. Il a rappelé que sous l'angle pénal, la liberté syndicale prévue à l'art. 28 Cst. ne fonde pas un droit d'accès à une entreprise hors du contexte d'une grève licite. En d'autres termes, la liberté syndicale ne peut pas constituer un fait justificatif au sens de l'art. 14 CP «(indépendamment du point de savoir si l'art. 28 Cst. est une loi au sens de l'art. 14 CP [...]) lorsque l'accès à l'entreprise s'opère dans le cadre d'une grève illicite»⁹⁹. En effet, les conditions qui doivent être remplies pour qu'une grève soit licite sont inhérentes à l'exercice du droit de grève consacré par l'art. 28 Cst. et ne constituent pas une atteinte à la liberté syndicale, ce qui implique que les conditions posées par l'art. 36 Cst. n'ont pas à être examinées¹⁰⁰. Le Tri-

93 Question laissée explicitement ouverte dans TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.1 et TF, 6B_758/2011, 24.09.2012, c. 1.3.1.

94 GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RENDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse. Volume II. Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne 2021, N 128–129, pp. 64–65.

95 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG-RENDALL/FLÜCKIGER (note 94), N 134, p. 67.

96 TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.2; ATF 132 III 122, c. 4.4.1.

97 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG-RENDALL/FLÜCKIGER (note 94), N 139, p. 70

98 TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.

99 TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.2.

100 TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.2–2.3. Une grève est licite si elle se rapporte aux relations de travail (art. 28 al. 3 Cst.), si elle est conforme aux obligations de préserver la paix du travail

bunal fédéral a considéré que la grève était illicite en raison du non-respect du principe de la proportionnalité. «La grève étant illicite [...], la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en estimant que les recourants ne pouvaient se prévaloir de leur liberté syndicale en tant que fait justificatif au sens de l'art. 14 CP, qui aurait autorisé la violation de domicile qui leur est reprochée»¹⁰¹.

Le Tribunal fédéral n'a pas voulu franchir un pas théorique en précisant explicitement que l'art. 28 Cst. est une «loi» au sens de l'art. 14 CP. Rappelons qu'avant d'examiner si un droit fondamental a été atteint, et déterminer s'il s'agit d'une restriction ou d'une violation à la lumière de l'art. 36 Cst. (ou des conditions spécifiques prévues par la CEDH), il faut délimiter son domaine de protection. En l'espèce, le Tribunal fédéral a souligné que quatre conditions définissent la liberté syndicale en elle-même, au sens de l'art. 28 Cst. Si l'une d'elles n'est pas respectée, il n'est pas possible de se prévaloir de la liberté syndicale et une grève s'avère alors illicite. Comme les prévenus n'étaient pas protégés par l'art. 28 Cst., la question de savoir si elle représentait une norme couverte par l'art. 14 CP ne revêtait dès lors plus d'intérêt pratique.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_758/2011 du 24 septembre 2012, des représentants syndicaux avaient pénétré dans un établissement pour y distribuer des tracts informatifs. Ils ont été condamnés pour violation de domicile¹⁰². Ils ont invoqué l'art. 28 Cst., en lien avec l'art. 14 CP, en précisant que la liberté syndicale leur conférait un droit d'accès aux entreprises indispensable pour être en contact avec les travailleurs¹⁰³. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait aussi renoncé à trancher la question de savoir si l'art. 28 Cst. est une «loi» au sens de l'art. 14 CP. Il a en effet nié que l'existence d'un droit d'accès puisse directement être déduit de l'art. 28 Cst. «Un droit d'accès à l'entreprise ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale [...]»¹⁰⁴. Il n'était donc plus nécessaire de trancher la question sur le plan théorique.

3. *Les avis doctrinaux*

Le débat doctrinal se focalise sur la question de savoir si la «loi» à laquelle fait référence l'art. 14 CP doit s'entendre au sens formel ou matériel. Les désaccords portent sur la portée des normes de rang inférieur à la loi au sens formel, mais pas sur celle qui se trouvent au sommet de l'ordre juridique. Étonnamment, cette dernière question n'a jamais été étudiée en détail.

ou de recourir à une conciliation (art. 28 al. 3 Cst.), si elle respecte le principe de la proportionnalité (condition qui découle de l'art. 28 al. 2 Cst.) et si elle est soutenue par une organisation de travailleurs (car elle est conçue comme un acte d'association).

101 TF, 6B_1020/2018, 01.07.2019, c. 2.8.

102 TF, 6B_758/2011, 24.09.2012, c. A.

103 TF, 6B_758/2011, 24.09.2012, c. 1.3.1.

104 TF, 6B_758/2011, 24.09.2012, c. 1.3.4.

Une partie de la doctrine, comme le Tribunal fédéral, considèrent qu'une loi au sens matériel suffit¹⁰⁵. D'autres auteurs se montrent plus restrictifs et exigent une loi au sens formel¹⁰⁶. L'enjeu de la distinction relève de la problématique de la hiérarchie des normes et de la légitimité démocratique. Cette dernière est très grande pour les lois fédérales au sens de l'art. 163 Cst., puisqu'elles sont adoptées par le Parlement fédéral et soumises au référendum facultatif. La question qui est débattue en doctrine est de savoir si des normes de rang inférieur aux lois formelles, ou n'atteignant pas leur niveau de légitimité démocratique, peuvent rendre licite un comportement pénalement répréhensible. Par exemple, une ordonnance du Conseil fédéral représente-t-elle une norme susceptible de justifier un comportement typique d'une infraction prévue par le Code pénal? Selon nous, si les règles en matière de délégation ont été respectées, rien ne s'y oppose¹⁰⁷. Mais, nous avons la question contraire à trancher: il faut déterminer si une norme supérieure à la «loi» au sens de l'art. 163 Cst. peut être considérée comme une «loi» selon l'art. 14 CP. Le principe de légitimité démocratique ne s'y oppose pas. La Constitution est adoptée par le peuple. Quant à la CEDH, l'ordre juridique suisse reconnaît le principe de la primauté du droit international sur le droit interne¹⁰⁸.

La différence entre, d'un côté, la CEDH et la Constitution, et, de l'autre, les lois au sens formel et les autres textes de rang inférieur, se situe au niveau du degré d'abstraction de leurs formulations. Mais, si celui-ci est par définition plus élevé dans les normes supérieures, cela n'empêche pas que ces dernières puissent fonder un fait justificatif. La concrétisation doit s'opérer par l'interprétation. Hurtado/Godel notent que «bien que la source principale des droits fondamentaux individuels et sociaux soit la Constitution, l'autorisation de réaliser un acte peut émaner d'une «simple» loi, de la coutume, d'un acte juridictionnel ou administratif, d'un acte juridique et, dans une certaine mesure, d'un code de déontologie (pour les professions médicales, les avocates et avocats ou notaires, etc.)»¹⁰⁹. En d'autres termes, la Constitution et la CEDH contiennent des droits

105 JOSÉ HURTADO POZO/THIERRY GODEL, *Droit pénal général*, 4^e éd., Genève/Zurich 2023, N 615, p. 355; KILLIAS/KUHN/DONGOIS (note 92), N 705, p. 109.

106 MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CAROLA GÖHLICH, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar. Strafrecht*, 4^e éd., Bâle 2019, art. 14 N 10, qui précisent que seule une loi au sens formel peut justifier la commission d'une infraction. Toute autre solution signifierait, selon eux, que presque tout le monde pourrait unilatéralement modifier le Code pénal sans justification démocratique; PK StGB-TRECHSEL/GETH (note 92), art. 14 N 2, qui soulignent qu'une loi au sens formel s'avère nécessaire pour justifier des atteintes importantes à des droits fondamentaux; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 132.

107 Nous ne pensons pas, par contre, que des règles extra-légales, tel un code de déontologie (sauf s'il jouit d'une reconnaissance légale), puissent servir de faits justificatifs au sens de l'art. 14 CP.

108 DUBEY, N 941–945 (note 2), pp. 277–279, avec les références jurisprudentielles citées et quelques nuances.

109 HURTADO POZO/GODEL (note 105), N 618, p. 357.

qui permettent de justifier un acte pénalement répréhensible et il s'agit même de la source la plus importante.

Dans le cadre de son analyse de l'art. 239 CP («entrave aux services d'intérêts général»), en lien avec la problématique des manifestations, Brambilla, en se fondant notamment sur l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1061/2021 du 9 mai 2022¹¹⁰, conclut que «la CEDH fait partie des dispositions pouvant rendre licite un comportement typique décrit dans le droit pénal»¹¹¹. Genton/Favrod-Coune soulignent que les sanctions d'actes expressifs répondant à une qualification pénale à l'aune des art. 10 et 11 CEDH, mais pas à un besoin social impérieux, doivent être écartées pour respecter la Convention. «Ceci a pour effet de lever l'illicéité de l'acte répressif, indépendamment du fait que cet acte puisse répondre à une qualification pénale en droit national et d'écarter la responsabilité pénale de son auteur. Une sanction pénale ne peut être prononcée et un acquittement doit être prononcé. C'est [...] l'effet justificatif que peut exercer la CEDH sur la norme pénale de comportement»¹¹².

4. *Le fait justificatif de l'art. 293 al. 3 CP*

L'art. 293 CP sanctionne la «publication de débats officiels secrets» et prévoit que «quiconque livre à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets et vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité conformément à la loi est puni d'une amende». Son al. 3 précise que «l'acte n'est pas punissable si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication». Cette nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2018. Dans le texte précédent, il était prévu que «le juge pourra renoncer à toute peine si le secret livré à la publicité est de peu d'importance».

Une initiative parlementaire, déposée le 30 septembre 2011, avait demandé l'abrogation de l'art. 293 CP. Son auteur estimait que cette disposition était contraire à l'art. 10 CEDH¹¹³.

Nous avons vu que dans l'affaire Stoll contre la Suisse¹¹⁴ un journaliste avait été condamné sur la base de l'art. 293 CP. Dans un cas ultérieur, un autre journaliste a été puni, pour la même infraction, d'une amende de 4000 francs. La CourEDH a également considéré que l'art. 10 CEDH n'avait pas été violé¹¹⁵.

110 *Supra*, chap. C/II/2.

111 CLARA BRAMBILLA, La condamnation selon l'art. 239 CP lors d'une manifestation, in: Jusletter, 3 juillet 2023, N 24.

112 GASPARD GENTON/PASCAL FAVROD-COUNE, Liberté d'expression et répression pénale. L'acte expressif répondant à une qualification pénale à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, SJ, 2022, pp. 623–654, 645.

113 COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Initiative parlementaire. Abrogation de l'art. 293 CP, Rapport, objet n° 11.489, FF 2016 7105, 7107.

114 CourEDH, arrêt Stoll c. Suisse du 10 décembre 2007, req. 69698/01, *supra*, chap. B/II/4.

115 CourEDH, arrêt Bédet c. Suisse du 29 mars 2016, req. 56925/08.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national ne s'est pas prononcée en faveur de la suppression de l'art. 293 CP. Elle a proposé la version de l'al. 3 actuellement en vigueur. Un motif de non-punissabilité a donc été introduit, sur les modèles des art. 119, 133 al. 2 ou 320 ch. 2 CP¹¹⁶. «Ainsi, l'auteur n'est pas punissable si l'intérêt à la publication était plus important que l'intérêt à la préservation du secret. Cette disposition contraint l'autorité de poursuite pénale à procéder à la pesée des intérêts en présence telle qu'exigée par la jurisprudence de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.»¹¹⁷

Si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'opposait à la publication, le prévenu doit être acquitté¹¹⁸. L'art. 293 al. 3 CP consacre un fait justificatif légal spécial (spécifique) de sauvegarde d'intérêts légitimes.

5. *Le droit fondamental comme fait justificatif extra-légal?*

Comme le souligne Demay, «par le truchement de l'interprétation conforme ou de l'application concrète des conditions de restriction des libertés fondamentales, il existe des situations où la loi pénale pourrait être écartée au profit de ces premières [...]. Mais où donc une telle analyse prendrait-elle place dans le raisonnement méthodologique pénal? En doctrine, les personnes qui se sont spécifiquement intéressées à cet enjeu d'articulation défendent qu'il conviendrait de les faire intervenir en matière d'application des faits justificatifs pénaux. En ce sens, et dans le prolongement de ces réflexions, il pourrait être envisagé que les droits fondamentaux et l'interprétation conforme plaident en faveur de la reconnaissance d'un motif justificatif extra-légal ou fassent évoluer l'interprétation des motifs justificatifs existants»¹¹⁹. Elle cite deux auteurs. Begüm, en se fondant notamment sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, souligne que la liberté de la presse peut représenter un motif justificatif extra-légal¹²⁰. En droit allemand, Schmidt, envisage la problématique générale sous cet angle¹²¹.

En droit suisse, les droits fondamentaux pourraient théoriquement être considérés comme des faits justificatifs extra-légaux qui visent la sauvegarde d'intérêts légitimes. Toutefois, «ce motif justificatif vient en quelque sorte

116 COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL (note 113), FF 2016 7105, 7114.

117 COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL (note 113), FF 2016 7105, 7114.

118 GERHARD FOLKA, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafrecht, 4^e éd., Bâle 2019, art. 293 N 44.

119 DEMAY (note 7), N 520–521, pp. 297–298.

120 BULAK BEGÜM, Les conflits de droits fondamentaux: une question pour le législateur ou pour le juge? Analyse à l'aune de la protection de la réputation et de la liberté d'expression, in: Pascal Pichonnaz (éd.), Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit, Zurich 2014, pp. 31–55, 47 et les références citées.

121 BEGÜM (note 120); HEINER CHRISTIAN SCHMIDT, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121 (2009), pp. 645–670.

compléter CP 14 dans les cas où les intérêts légitimes que l'acte pénalement incriminé vise à protéger ne trouvent pas leur expression dans la loi [...]»¹²². «La notion de sauvegarde d'intérêts légitimes, en tant que motif justificatif extra-légal, n'a par hypothèse pas à être envisagé si l'acte remplit les conditions de CP 14 ss. Le recours à cette notion est partant subsidiaire.»¹²³

De plus, un «fait justificatif extralégal doit être interprété restrictivement et soumis à des exigences particulièrement sévères dans l'appréciation de la subsidiarité et de la proportionnalité. Les conditions en sont réunies lorsque l'acte illicite ne constitue pas seulement un moyen nécessaire et approprié pour la défense d'intérêts légitimes d'une importance nettement supérieure à celle de biens protégés par la disposition violée, mais que cet acte constitue encore le seul moyen possible pour cette défense»¹²⁴. Ces conditions seraient trop restrictives au regard des exigences posées par la CourEDH pour l'analyse de la condition de la nécessité dans une société démocratique. Les droits fondamentaux ne doivent donc pas être considérés comme des faits justificatifs extra-légaux.

6. *Le droit fondamental comme fait justificatif légal*

La Constitution et la CEDH sont, selon nous, des «lois» au sens de l'art. 14 CP. Elles sont susceptibles de justifier, c'est-à-dire de rendre licite, un comportement pénal typique. Que le droit fondamental en question ait un effet vertical, ce qui est la règle, ou qu'il ait un effet horizontal (indirect)¹²⁵ n'a pas d'importance. La conclusion est la même. La condamnation pénale s'inscrit, par définition, dans une relation entre l'État (l'autorité pénale) et le justiciable (le prévenu), donc dans la verticalité. L'autorité pénale doit en outre toujours veiller à interpréter le texte légal applicable, notamment le Code pénal, conformément à la Constitution et à la CEDH.

Le juge pénal doit d'abord déterminer si l'état de fait qu'il a retenu est constitutif d'une infraction, puis s'interroger sur la présence d'un fait justificatif. Dans ce cadre, il doit déterminer si le prévenu peut se prévaloir de la CEDH ou de la Constitution. Cette dernière, en raison de l'art. 190 Cst., pose toutefois une contrainte supplémentaire: si une interprétation conforme à la Constitution s'avère impossible, le juge doit malgré tout appliquer la norme en question si elle revêt la forme d'une loi fédérale, comme le Code pénal.

Si les actes du prévenu, titulaire du droit fondamental, sont dans le domaine de protection de la Constitution ou de la CEDH, l'autorité pénale doit s'assurer qu'une condamnation reposerait sur une base légale, poursuivrait un but légi-

122 CR CPI-MONNIER (note 92), art. 14 N 52.

123 CR CPI-MONNIER (note 92), art. 14 N 54.

124 ATF 147 IV 297, c. 2.7 et les références jurisprudentielles citées.

125 Nous avons vu que l'effet horizontal direct est très exceptionnel (*supra*, chap. D/II/2).

time et serait, en plus, proportionnée au but visé, c'est-à-dire nécessaire dans une société démocratique. S'il apparaît que l'une au moins de ces conditions ne peut pas être remplie, cela signifie que la condamnation représenterait une restriction injustifiée du droit fondamental, donc sa violation, et que le prévenu peut s'en prévaloir comme «loi» au sens de l'art. 14 CP¹²⁶.

E. Le rôle central du principe de la proportionnalité

Le pénaliste se focalise sur l'acte punissable et son auteur. Si les trois conditions de la punissabilité sont remplies, il fixe une peine en se fondant principalement sur la culpabilité de l'auteur (art. 47 al. 1 CP). La peine doit être «proportionnée» à la gravité de la faute. Le juge de la CourEDH examine la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux. Ce n'est pas la proportionnalité de l'acte punissable qu'il analyse. L'atteinte au droit fondamental provient du prononcé de la condamnation. Le droit pénal se concentre sur le prévenu et son comportement, alors que le droit constitutionnel s'interroge sur l'impact de l'activité étatique sur le droit fondamental dont celui-ci est le titulaire.

La prise en compte des droits fondamentaux comme faits justificatifs contraint le juge pénal à intégrer le raisonnement constitutionnel dans son schéma de réflexion traditionnel en trois points et à déterminer si le prononcé d'une peine représenterait une atteinte excessive. Il doit, en d'autres termes, se concentrer sur l'impact de son activité en tant qu'organe de l'État et pas uniquement sur le prévenu, ses actes et leur qualification. Il doit s'assurer que la condamnation qui porte atteinte à un droit fondamental repose sur une base légale, poursuit un intérêt public et se révèle proportionnée au but visé. Si le droit fondamental ne se trouve que restreint, c'est-à-dire qu'il n'est pas violé, cela signifie que le prévenu ne peut pas s'en prévaloir, puisque justement il est valablement réduit.

L'examen de la proportionnalité et la pesée des intérêts représente le principal enjeu. En effet, la condition de la base légale devrait le plus souvent être remplie. Une disposition qui érige en infraction pénale un certain comportement répond, en principe, à cette exigence¹²⁷. Sous réserve d'un problème de

126 La question de la preuve des faits justificatifs est controversée. Selon Verniory, le fardeau incombe à l'accusation (JEAN-MARC VERNIORY, in: Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge, Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, art. 10 N 14 et les références citées). Le Tribunal fédéral a précisé qu'il repose sur les épaules du prévenu (TF, 6B_34/2012, 04.06.2012, c. 1.4). Cette dernière interprétation représente toutefois un renversement inadéquat du fardeau de la preuve: l'accusation doit prouver l'absence de faits justificatifs, le prévenu étant censé rendre leur existence vraisemblable (YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018, N 4065, pp. 91–92).

127 GENTON/FAVROD-COUNE (note 112), p. 641.

précision et de clarté de la norme (art. 7 CEDH; art. 1 CP), le Code pénal, qui est par ailleurs une loi au sens formel, devrait représenter une base légale suffisante. La condition d'intérêt public ne devrait également, en principe, pas poser de problème. En matière pénale, elle «est fréquemment admise dès lors que le législateur a expressément choisi d'ériger certains comportements en infractions pénales»¹²⁸. De plus, comme nous l'avons vu, la CourEDH reconnaît qu'elle examine ce critère le plus souvent de manière sommaire¹²⁹.

Le point central pour le juge pénal consistera donc le plus souvent à s'assurer que la condamnation qu'il entend prononcer soit fondée sur des motifs pertinents et suffisants et qu'elle soit proportionnée aux buts qu'elle poursuit. Ces derniers correspondent à la défense du bien pénalement protégé par la disposition pénale. Dans le cadre de l'examen de conventionnalité, il faut pouvoir les associer aux intérêts spécifiquement énumérés par la disposition de la CEDH applicable, étant rappelé que le juge interne jouit d'une marge d'appréciation relativement large. Il convient de procéder à une pesée des intérêts entre ceux de l'État et le droit fondamental du prévenu.

L'examen de la proportionnalité par le juge pénal suisse doit s'effectuer sur la base de l'art. 36 Cst. La CEDH exige en plus que la condamnation soit fondée sur des motifs pertinents et suffisants. Cela signifie que le magistrat doit pouvoir motiver sa décision, en démontrant que les conditions de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité ont été respectées. Si tel est le cas, il convient d'admettre que les motifs sont pertinents et suffisants.

Une différence d'analyse s'impose, selon nous, en ce qui concerne l'ampleur de la condamnation (y compris le type de peine). Nous avons montré que la jurisprudence européenne, mais aussi suisse, prenait en compte cet aspect pour juger du respect du principe de la proportionnalité, ce qui est logique. Dans un contexte identique, une peine clémente peut être considérée comme justifiée, alors qu'une sanction plus grave rendrait l'atteinte au droit fondamental excessive. Si le juge pénal envisage de prononcer une condamnation, cela signifie forcément qu'il considère que les conditions de la punissabilité sont remplies et que, par conséquent, le prévenu ne peut se prévaloir d'aucun fait justificatif. Considérer que si la peine est clémente le prévenu ne peut pas se prévaloir d'un fait justificatif, alors que tel n'est pas le cas si elle est lourde, n'a pas de sens. Il ne peut donc pas intégrer la quotité de la peine dans sa réflexion sur la question de la proportionnalité, étant rappelé que si une atteinte est disproportionnée, cela implique que la restriction au droit fondamental est excessive et que le prévenu peut donc se prévaloir pleinement de son droit fondamental comme fait justificatif.

Il faut réussir à concilier l'approche pénale avec les exigences constitutionnelles ou conventionnelles. Le juge doit se demander si la peine est apte à assu-

128 DEMAY (note 7), N 512, p. 294.

129 *Supra*, chap. B/I/3.

rer la protection de l'intérêt public en jeu, si le résultat ne pourrait pas être atteint autrement que par le prononcé de celle-ci et, surtout, si la pesée des intérêts penche en faveur de l'intérêt de l'État à limiter le droit fondamental du prévenu. Soulignons que la règle de la nécessité, dans ce contexte, peut être mise en relation avec le fait que le droit pénal doit toujours constituer une *ultima ratio*. Il faut déterminer si l'intérêt public en jeu nécessite vraiment que l'atteinte au droit fondamental du prévenu prenne la forme, ultime, de la condamnation pénale.

La CourEDH n'a pas pour vocation de se substituer aux autorités nationales. Celles-ci doivent pouvoir concilier les exigences conventionnelles avec la cohérence intrinsèque de leur système pénal. Si le juge pénal conclut que le prononcé même d'une sanction pénale, en tant que tel, est conforme au principe de proportionnalité, alors le prévenu ne peut plus se prévaloir de son droit fondamental en tant que fait justificatif. Le juge fixe alors la peine en fonction de sa culpabilité. Si finalement la CourEDH devait considérer que cette peine, en raison de sa quotité ou de sa nature, est disproportionnée et constitue donc une violation de la CEDH, cela ne créerait pas un fait justificatif en faveur du prévenu. Il pourrait demander une révision du jugement suisse (art. 122 de la loi sur le Tribunal fédéral¹³⁰; art. 410 al. 2 CPP). Une peine moins sévère devrait alors être prononcée. Par contre, si la CourEDH estimait que la CEDH a été violée pour un autre motif que celui de l'ampleur de la sanction, l'issue de la procédure en Suisse devrait être un acquittement.

F. Conclusion

Si une condamnation pénale représente une violation d'un droit fondamental du prévenu, ce dernier peut se prévaloir de l'art. 14 CP. La conséquence sur la punissabilité d'une atteinte disproportionnée est l'acquittement par le tribunal, voire déjà un classement par le ministère public (art. 319 al. 1 let. c CPP)¹³¹.

Le magistrat pénal doit intégrer l'approche constitutionnelle dans son raisonnement fondé sur le triptyque traditionnel de la typicité, de l'illicéité et de la culpabilité. Elle implique de procéder à un raisonnement *ex ante*, avant de rendre le jugement, alors que le juge de la CourEDH examine *ex post* si l'activité étatique pouvait valablement restreindre le droit fondamental touché. Le droit pénal est focalisé sur le prévenu et son comportement, dans la perspective, future, de déterminer si les conditions de la punissabilité sont remplies, alors que le raisonnement de la CourEDH se concentre sur l'activité passée de l'État comme destinataire des droits fondamentaux.

¹³⁰ RS 173.110.

¹³¹ Une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP) peut aussi théoriquement être rendue au début de la procédure préliminaire.

Dans l'analyse de la justification de la restriction du droit fondamental, la condition de la base légale et celle de l'intérêt public devraient en principe être remplies. L'issue de la procédure dépendra donc souvent de la pesée des intérêts entre le droit fondamental du prévenu qui est touché et les buts qu'une condamnation pénale serait susceptible d'atteindre. Les autorités pénales nous semblent encore relativement peu habituées à intégrer systématiquement ce schéma dans leur réflexion. De ce point de vue-là, il faut admettre que les récents prononcés rendus dans le cadre de manifestations pour le climat ont permis une meilleure prise en compte, en tout cas implicite, de la dimension constitutionnelle dans le processus menant à la détermination de la punissabilité. En considérant qu'un droit fondamental peut représenter un fait justificatif légal, la cohabitation cohérente entre les schémas d'analyse qui prévalent en droit constitutionnel et en droit pénal s'en trouve renforcée.

Le principe de la proportionnalité est indéniablement l'un des plus importants de ceux qui gouvernent l'ordre juridique. Son respect systématique ou, au contraire, sa violation fréquente, représente, selon nous, le meilleur indicateur de la vitalité d'un système démocratique. Il implique une subtile mise en balance entre le respect des libertés fondamentales des individus et les impératifs collectifs. Dans une époque où tendent à s'imposer les pensées partisans et simplificatrices, où le consensus et le compromis s'avèrent plus difficiles à trouver, la pesée des intérêts en présence, réalisée par les autorités, mais aussi, de manière plus générale, dans les relations humaines, apparaît de plus en plus comme indispensable à la pérennité de l'État de droit.

Résumé

La Constitution fédérale et la CEDH sont des «lois» au sens de l'art. 14 CP. Elles sont susceptibles de justifier, c'est-à-dire de rendre licite, un comportement pénal typique. Elles représentent des faits justificatifs légaux. Si une condamnation pénale entraîne une violation d'un droit fondamental dont le prévenu est titulaire, il peut se prévaloir de l'art. 14 CP. Une condition de la punissabilité n'est pas remplie et un acquittement, voire déjà un classement, doit être prononcé.

Dans l'examen de la justification de la restriction du droit fondamental, la condition de la base légale et celle de l'intérêt public devraient le plus souvent être remplies. L'examen de la proportionnalité représente le point central de l'analyse. Le juge pénal doit se demander si une condamnation pénale serait apte à produire le résultat escompté, s'il ne peut pas être atteint par une mesure étatique moins incisive – le droit pénal devant toujours être envisagé comme une *ultima ratio* – et procéder à une pesée des intérêts entre le droit fondamental du prévenu qui est touché et les buts que le prononcé d'une condamnation serait susceptible d'atteindre.

Zusammenfassung

Die Bundesverfassung und die EMRK sind «Gesetze» im Sinne von Art. 14 StGB. Sie sind geeignet, ein typisches strafrechtliches Verhalten zu rechtfertigen, d. h. rechtmässig zu machen. Sie stellen gesetzliche Rechtfertigungsgründe dar. Führt eine strafrechtliche Verurteilung zur Verletzung eines Grundrechts, über das der Angeklagte verfügt, kann er sich auf Art. 14 StGB berufen. Eine Voraussetzung für die Strafbarkeit ist nicht erfüllt und es muss ein Freispruch oder sogar schon eine Verfahrenseinstellung ausgesprochen werden. Bei der Prüfung, ob die Einschränkung des Grundrechts gerechtfertigt ist, sollten die Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage und des öffentlichen Interesses meistens erfüllt sein. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit bildet den zentralen Punkt der Analyse. Der Strafrichter muss sich fragen, ob eine strafrechtliche Verurteilung geeignet wäre, das gewünschte Ergebnis zu erzielen, ob es nicht durch eine weniger einschneidende staatliche Massnahme erreicht werden kann – wobei das Strafrecht immer als ultima ratio zu sehen ist – und eine Interessenabwägung zwischen dem betroffenen Grundrecht des Angeklagten und den Zielen, die mit einer Verurteilung erreicht werden könnten, vornehmen.

Summary

The Federal Constitution and the ECHR are «laws» within the meaning of Article 14 of the Swiss Criminal Code. They are capable of justifying typical criminal behaviour, i. e. making it lawful. If a criminal conviction leads to a violation of a fundamental right held by the accused, he or she may invoke art. 14 of the Criminal Code. A requirement for punishability is not met, and an acquittal, or even a dismissal, must be pronounced.

When examining the justification for restricting a fundamental right, the requirement of the legal basis and that of the public interest should usually be met. The examination of proportionality is the central point of the analysis. The criminal judge must ask himself whether a criminal conviction would be likely to produce the desired result, whether it could not be achieved by a less drastic state measure – the criminal law must always be seen as a last resort – and proceed to a balancing of interests between the defendant's fundamental right in question and the aims that a conviction would be likely to achieve.

Bibliographie

- BEGÜM BULAK, Les conflits de droits fondamentaux: une question pour le législateur ou pour le juge? Analyse à l'aune de la protection de la réputation et de la liberté d'expression, in: Pichonnaz Pascal (éd.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, Zurich 2014, pp. 31–55.
- BLUWSTEIN JEVGENIY/DEMAY CLÉMENCE/BENOIT LUCIE, Désobéissance civile et procès climatiques en Suisse. Quels combats se jouent devant les tribunaux suisses? 2023, humarights.ch.
- BRAMBILLA CLARA, La condamnation selon l'art. 239 CP lors d'une manifestation, in: Jusletter, 3 juillet 2023.
- COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Initiative parlementaire. Abrogation de l'art. 293 CP. Rapport, objet n° 11.489, FF 2016 7105.
- DEMAY CLÉMENCE, Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un «objet juridique non identifié»? Genève/Zurich 2022.
- DUBEY JACQUES, *Droit fondamentaux. Volume I. Notions, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018.
- DUBEY JACQUES, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire romand. Constitution*. Bâle 2021, art. 36.
- DUPUIS MICHEL/MOREILLON LAURENT/PIGUET CHRISTOPHE/BERGER SÉVERINE/MAZOU MIRIAM/RODIGARI VIRGINIE, *Petit commentaire. Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017.
- FIOLKA GERHARD, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar. Strafrecht*, 4^e éd., Bâle 2019, art. 293.
- GENTON GASPARD/FAVROD-COUNE PASCAL, Liberté d'expression et répression pénale. L'acte répressif répondant à une qualification pénale à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, SJ, 2022, pp. 623–654.
- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018.
- HURTADO POZO JOSÉ/GODEL THIERRY, *Droit pénal général*, 4^e éd., Genève/Zurich 2023.
- JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018.
- JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, *Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd. Bâle 2019.

- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^e éd., 2016.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RENDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse. Volume II. Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021.
- MARTENET VINCENT, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire romand. Constitution. Bâle 2021, art. 190.
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (éd.), Commentaire romand. Constitution. Bâle 2021.
- MONNIER GILLES, in: Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (éd.), Commentaire romand. Code pénal I, 2^e éd., Bâle 2021, Intro aux art. 14–18, art. 14.
- MOREILLON LAURENT/MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/DONGOIS NATHALIE (éd.), Commentaire romand. Code pénal I, 2^e éd., Bâle 2021.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GÖHLICH CAROLA, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafrecht, 4^e éd., Bâle 2019, art. 14.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafrecht, 4^e éd., Bâle 2019.
- SCHMIDT HEINER CHRISTIAN, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121 (2009), pp. 645–670.
- TRECHSEL STEFAN/GETH CHRISTOPHER, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4^e éd., Zurich/St-Gall, 2021, art. 14.
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017.
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4^e éd., Zurich/St-Gall, 2021.
- VERNIORY JEAN-MARC, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille, Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse, 2^e éd. Bâle 2019, art. 10.