

**Vrije Universiteit Brussel**

---

**From the Selected Works of Serge Gutwirth**

---

2007

# La montée de l'Etat pénal : que peuvent les droits de l'homme ?

Paul De Hert  
Serge Gutwirth  
Sonja Snacken  
Els Dumortier



Available at: [https://works.bepress.com/serge\\_gutwirth/27/](https://works.bepress.com/serge_gutwirth/27/)

**Published article : this version is for academic use only  
Please, do only refer to the published version**

DE HERT P., GUTWIRTH S., SNACKEN S. & DUMORTIER E., 'La montée de l'Etat pénal : que peuvent les droits de l'homme ?', in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE & S. VAN DROOGHENBROECK (Eds), *Les droits de l'homme : bouclier ou épée u droit pénal ?*, Publications des FUSL/Bruylant, Bruxelles, 2007, 235-290

## **La montée de l'Etat pénal : que peuvent les droits de l'homme ?**

Paul De Hert, Serge Gutwirth, Sonja Snacken et Els Dumortier<sup>1</sup>  
Vrije Universiteit Brussel

'Our global society is transforming, yet few are noticing. We are blind to these dynamics. And increasingly few have the capacity to do anything about it.

But comparative studies help. [...] While Governments insist on copying bad laws and outdoing one another with greater powers, they are not so eager to learn from what has been tried and failed elsewhere. Instead they endeavor to minimize debate and discussion, ignoring all input and the diversity of views. It is almost as though they believe that in order to save the Open Society, its principles must be trodden upon. These are precarious times for such a cavalier attitude particularly when there is so much at stake.'

Gus Hosein<sup>2</sup>

L'incidence des droits de l'homme sur le droit de la procédure pénale est bien connue. Dans cette contribution nous nous intéresserons à l'incidence des droits de l'homme sur le droit pénal matériel, c'est-à-dire sur le choix des incriminations et peines par le législateur et le choix des peines par le juge. Cette analyse nous paraît importante au regard de la montée en Europe d'un 'Etat pénal', bien décrit dans les ouvrages de David Garland et Loic Wacquant. Notre analyse montrera que les droits de l'homme européens, tels qu'ils sont appliqués par la Cour des droits de l'homme ont effet sur quelques chapitres importants du droit pénal classique, mais qu'ils existe bel et bien des limites à leur emprise ou impact sur le travail du législateur pénal et du juge pénal qui ont un rôle important à jouer en ce qui concerne le choix entre un droit pénal punitif d'une part, et un droit pénal humaniste axé sur la modération, de l'autre.

<sup>1</sup> Cette contribution est le produit d'une recherche collective réunissant des criminologues et juristes de la Faculté de Droit et de Criminologie de la Vrije Universiteit Brussel sous le titre *Legitimate Justice in Times of Insecurity*.

<sup>2</sup> G. HOSEIN, *Threatening the Open Society: Comparing Anti-Terror Policies in the US and Europe*, London: Privacy International 2005, p. 46-47 via <http://www.privacyinternational.org/issues/terrorism/rpt/comparativeterrorreportdec2005.pdf>

## I. La montée de l'Etat pénal en Europe

### 1. La montée de l'Etat pénal aux Etats-Unis et en Grande Bretagne.

Dans *The culture of control*<sup>3</sup>, ouvrage devenu classique déjà, le criminologue David Garland a montré que depuis les années septante une 'nouvelle culture du contrôle' ou un 'Etat pénal' se sont solidement développés et établis aux Etats Unis et en Grande Bretagne. Selon lui, cette culture du contrôle se caractérise par des politiques punitives d'exclusion, stimulées par ce qu'il appelle *an angry and anxious public*. Pour faire ce constat Garland a décrit une série d'indices et d'évolutions. Ainsi, dans une culture du contrôle l'idéal réhabilitatif ou de traitement du condamné se retrouve en déclin ; les punitions re-deviennent rétributives et draconiennes<sup>4</sup> ; la victime (ré-) apparaît au centre du discours pénal comme justification de réponses plus sévères et dures à la criminalité ; la prison refait son entrée comme une mesure efficace (*'prison works'*) car elle répond parfaitement aux objectifs de rétribution et de neutralisation (*incapacitation*)<sup>5</sup> ; l'action policière devient de plus en plus proactive et préventive ; les mots d'ordre de protection du public contre le crime en termes de sécurité, de réduction du crime et de *risk management* prennent le dessus sur celui de la protection contre l'Etat en termes de droits de l'homme et de *rule of law* ; les politiques pénales et de sécurité se voient fortement politisées par un populisme nouveau ; les infrastructures de prévention du crime et de sécurité des communautés connaissent une forte expansion ; l'implication de la société civile et la privatisation/commercialisation du contrôle du crime s'accroissent ; et finalement, on constate une amplification des politiques de sécurité et de réduction de criminalité.<sup>6</sup>

Garland suggère également que, globalement parlant, les pays européens semblent s'engager dans la même voie que les Etats-Unis, et cela sous la poussée de politiques pénales populistes et exclusionnistes fort similaires. A y regarder de plus près, en effet, les éléments qui permettent d'adhérer à cette thèse ne manquent pas, et on peut le comprendre aisément : le déploiement de l'Etat pénal est bien lié à des phénomènes *transnationaux* tel que la dérégulation économique, le néo-libéralisme, le déclin de l'Etat-providence et corrélativement, la montée en force de l'insécurité et de l'incertitude comme thèmes ardents de la politique.<sup>7</sup> La dérégulation aurait donc pour effet de réduire l'Etat à ses fonctions répressives. De cette manière la politisation de l'insécurité apparaît moins comme un problème que comme une solution.<sup>8</sup> De nombreux auteurs considèrent que l'émergence de « l'Etat pénal » ou de

<sup>3</sup> D. GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford U.P., 2001, 307 p.

<sup>4</sup> La peine de mort, les *chain gangs* et des punitions corporelles redeviennent respectables, tout comme les références aux sentiments du public et des victimes par rapport à des peines de plus en plus expressives.

<sup>5</sup> Aux Etats-Unis l'administration pénitentiaire est le quatrième employeur du pays avec 2,2 millions d'employés; cf. L. WACQUANT, *Parias urbains. Ghetto - Banlieues - État*, Paris, La Découverte, 2006, 285. Cf. aussi L. WACQUANT & B. HEIJNE, 'Globalisering is geen natuurkracht', *NRC Handelsblad Magazine*, 2 avril 2006, 37.

<sup>6</sup> Denis Salas fait une description similaire de l'évolution du droit pénal américain et de la politique pénale américaine: la rencontre d'un *moral panics* et d'un puissant populisme punitif, le retour du rétributivisme (*desert* et *incapacitation*) au détriment du réhabilitationisme; la politisation de la question pénale; *zero tolerance* et *Prison works !*; et l'émergence d'un marché de la peine à cause d'une très large application du *plea bargaining* (dans 90% des cas); D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, 105-121 ('La criminalisation de la société aux Etats-Unis').

<sup>7</sup> Cf. Ph. PARY, *Insécurité et pénalisation du social*, Brussel, Labor, 2003, 94 p.

<sup>8</sup> Cf. L. VAN CAMPENHOUDT, 'L'insécurité est moins un problème qu'une solution' in CARTUYVELS, Y. & MARY, Ph. (éd), *L'Etat face à l'insécurité. Dérives politiques des années 90*, Bruxelles, Labor, 1999, 51-68.

« l'Etat sécuritaire » résultent de cette réorientation en fonction d'une nouvelle légitimité.<sup>9</sup>

## **2. La pénalisation est liée au neo-libéralisme et frappe aussi l'Europe continentale**

L'Etat pénal frappe donc aussi en Europe. Loic Wacquant l'a bien montré en décrivant l'expansion mondiale de la révolution néo-libérale transnationale, dans laquelle le marché est présenté comme le moyen optimal pour réguler l'agir humain en matière non seulement d'économie et de travail, mais aussi de santé et d'enseignement. Dans cette perspective, l'Etat se voit soumis aux mécanismes du marché, ce qui implique une reconversion significative de l'Etat-Providence : si dans celui-ci chacun pouvait faire valoir certains droits socio-économiques, le nouvel Etat devra s'efforcer de réintégrer au marché le plus rapidement possible chaque individu qui aura obtenu de l'aide socio-économique. Wacquant constate un passage du *welfare* au *workfare* : l'Etat-Providence ne rétrécit pas, mais il épouse une nouvelle philosophie. Le droit collectif à l'aide ou à l'assistance se trouve remplacé par un rapport individuel à l'Etat-Providence sous forme de contrat.<sup>10</sup> Désormais, c'est l'individu qui doit prendre ses responsabilités sur le marché du travail, dans l'enseignement et en matière de santé et de sécurité sociale. Et si cela ne réussit pas, la pauvreté, la marginalité et l'exclusion s'ensuivent directement et rapidement. En d'autres mots, l'Etat Providence dans lequel on pouvait encore revendiquer des droits se retrouve démantelé au profit de systèmes de distribution de biens sociaux basés sur les principes du marché. Or, selon Wacquant et contrairement au credo du néo-libéralisme, tout cela n'implique pas moins d'Etat, mais plus d'Etat. Plus d'Etat, en effet, pour contrôler cette masse de 'perdants', de 'marginiaux', de 'pauvres' et d'autres inadaptés à ces jeux du marché. L'Etat-Providence *se transforme* donc en un Etat pénal, dont le pouvoir et les compétences ne cessent de grossir en matière de répression, de police, de sécurité et de contrôle. Pour employer la formule de Wacquant : l'atrophie de l'Etat Providence va de pair avec l'hypertrophie de l'Etat Pénal.<sup>11</sup>

Si ce processus saute aux yeux aux Etats-Unis, il n'en est, selon Wacquant, pas moins identifiable en Europe. En effet, en Europe aussi, on peut constater quatre « tendances lourdes » à cet effet, notamment : une forte augmentation des taux d'incarcération dans la plupart des pays de l'Union européenne; une surreprésentation carcérale massive de ce que Wacquant appelle les « rebuts du marché du travail », tels que et surtout des immigrés postcoloniaux ou des personnes de couleur; la surpopulation des prisons ; et un durcissement des politiques criminelles en faveur de la neutralisation du condamné au détriment de sa réhabilitation.<sup>12</sup> Wacquant ajoute explicitement que la surreprésentation carcérale des immigrés postcoloniaux en Europe est comparable et parfois même supérieure à celle des détenus afro-américains

---

<sup>9</sup> A. GARAPON & D. SALAS, D. *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, 140 p. et C.H. BRANTS, P.A.M. MEVIS & E. PRAKKEN, *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Anvers-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 215p.

<sup>10</sup> L. WACQUANT & B. HEIJNE, *l.c.*, 36

<sup>11</sup> L. WACQUANT, *Parias urbains, o.c.*, 285

<sup>12</sup> L. WACQUANT, *Parias urbains, o.c.*, 285-286

aux Etats-Unis.<sup>13</sup> Selon lui, cette surreprésentation de détenus de couleur et étrangers démontre que ‘with the onset of neo-liberal hegemony, penal segmentation has become a key modality of the drawing and enforcing of salient social boundaries in the Old World as in the New World’.<sup>14</sup> S’ajoute à cela que la façon dont ces immigrés postcoloniaux en Europe se font viser par la police et traiter par les autorités et les juges, confirme pleinement que l’Europe s’engage dans la même voie que les Etats-Unis pour ce qui est de la criminalisation de la pauvreté urbaine et de la marginalité<sup>15</sup>, et plus généralement de la société toute entière. Bref, en matière de durcissement du climat pénal et punitif, pour Wacquant, l’Europe continentale ne se distinct pas nettement des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne.<sup>16</sup>

### **3. L’antiterrorisme comme « turbo-pénalisation » : l’Europe ne fait pas vraiment mieux que les Etats-Unis.**

S’ajoute à cela que depuis les attentats du 11 septembre 2001, des deux cotés de l’Atlantique, on constate une prolifération de mesures anti-terroristes, dont on peut affirmer sans hésitation qu’elles ont fourni un « turbo » au moteur de la pénalisation. En effet, il n’y a pas que les Etats-Unis et la Grande Bretagne qui, sous le cri de ralliement de la *war on terrorism*, ont accru leur arsenal de compétences de contrôle, d’inquisition et de répression. Certes, on a surtout parlé des Etats-Unis à ce sujet, non seulement parce qu’ils sont allés très loin, mais aussi parce qu’une opinion publique nationale et internationale y a fortement contesté toutes ces mesures, comme la création du *Homeland Security Department*, les pouvoirs prévus par le *Patriot Act*, le screening préventif des passagers de l’aviation civile, les règles plus sévères en ce qui concerne l’accès au territoire, le camp de prisonniers à Guantanamo et les prisons secrètes, les méthodes d’interrogation musclées (accompagnées de plaidoyers d’officiels et d’intellectuels en défense d’actes de « torture légitime »<sup>17</sup>) et ainsi de suite *ad nauseam*. Il est clair que la *war on terrorism* a engendré un durcissement significatif de la répression et du climat punitif et qu’elle a contribué à des violations directes d’une série de droits fondamentaux auquel l’Occident a coutume de lier son identité : l’interdiction d’arrestation et de privation de liberté arbitraire, la prohibition de la torture, le droit à un procès équitable et honnête, la liberté d’expression, le droit à la

<sup>13</sup> Cf. L. WACQUANT, ‘Penalization, Depoliticization, and Racialization: On the Overincarceration of Immigrants in the European Union’, in Sarah Armstrong and Lesley McAra (eds.), *Contexts of Control: New Perspectives on Punishment and Society*, Oxford, Clarendon Press, 2006, 83-100.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 88

<sup>15</sup> *Ibid.*, 100

<sup>16</sup> La citation suivante est très claire : ‘In many respects, the spread of the ritualized mass expulsion of illegal or convicted aliens in the European Union as penal spectacle stands as the structural analogue of the reintroduction of chain gangs, striped uniforms and assorted shaming punishments harking back to a bygone era of social cruelty towards black convicts in the USA. First, it fulfils the same function, namely to convey to the witnessing public the the resurgent *penal fortitude of the authorities* by staging their commitment to act in an openly retributive manner towards categories that conspicuously disrupt the (supra)national symbolic order. Secondly, it offers an expressive vehicle for the social amplification and cultural *legitimation of collective feelings of resentment* towards these same categories’; *Ibid.*, 95.

<sup>17</sup> A ce sujet : P. DE HERT & S. GUTWIRTH, ‘Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht? Dworkins Amerikaanse trumpmetafoor getoetst aan de hedendaagse Europese mensenrechten’ in *Langs de randen van het strafrecht*, R.H. HAVEMAN & H.C. WIERSINGA (red.), E.G. Mijers Instituut-reeks 91, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 168-172 et B. ACKERMAN, Les pouvoirs d’exception à l’âge du terrorisme in *Esprit*, août-septembre 2006, *Terrorisme et contre-terrorisme: la guerre perpétuelle?*, p. 161-163 où l’auteur entre en débat avec le professeur de Harvard Alan Dershowitz qui avait défendu l’idée de « torture warrants ». Aussi dans D. SALAS, *o.c.*, 261-262 l’auteur s’indigne du retour de pratiques de torture en Europe, ainsi que du fait que le caractère absolu de l’interdiction de torture dans l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme s’est vu mis en cause sur base de considérations d’utilité par Richard Posner. Cf. M. AKSU, ‘De relatieve grenzen van het absolute folterverbod (art. 3 EVRM) in terrorismezaken’, *NCJM-Bulletin*, 2006/4, 456-477.

vie privée et le droit ne pas faire l'objet d'une extradition vers un pays où l'extradé court un risque de torture.<sup>18</sup>

En Europe continentale, par contre, nous avons tendance à croire que de telles mesures liberticides n'ont pas été prises, et certainement pas dans la même mesure et les mêmes proportions. Nous faisons, en effet, confiance à l'imperméabilité de nos systèmes juridiques et de notre culture politique à ce genre de réactions liberticides : nos droits ne le permettraient pas. Mais est-ce bien justifié ? Il suffit de lire le rapport de Gus Hosein - *Threatening the Open Society: Comparing Anti-Terror Policies in the US and Europe*<sup>19</sup> - pour ébranler notre confiance. En effet, il découle de sa comparaison des politiques anti-terroristes en Europe et aux Etats-Unis que les mesures antiterroristes prises en Europe vont souvent encore plus loin que les mesures Américaines, par exemple en matière d'interception de communications (Internet, téléphonie, mobilophonie, ...), de *data retention*, *data profiling* et *data mining*, l'introduction d'identifications biométriques, le mandat d'arrêt européen, etc. Hosein passe au crible une série d'initiatives Européennes qu'il compare à leurs équivalents d'outre-atlantique: Décision cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>20</sup>, le mandat d'arrêt européen, le Programme de La Haie en matière de liberté, sécurité et justice en l'Union Européenne où on peut constater un regroupement remarquable des problèmes de terrorisme et de criminalité lourde, avec la problématique de l'immigration, les contrôles de frontière, la collaboration entre les services de polices<sup>21</sup>, SIS I en SISII, VIS, l'introduction de passeports biométriques, la rétention de données de communication, l'accès et l'interception de communications et ainsi de suite. Pour Gus Hosein ces initiatives ne sont certainement pas moins invasives que celles qui furent prises aux Etats-Unis, d'autant plus qu'il faut constater que beaucoup de mesures américaines concernent seulement des étrangers, alors que leurs équivalents Européens s'appliquent également à tous les citoyens européens eux-mêmes. S'ajoute à cela que ces mesures controversables donnent lieu aux Etats-Unis à un débat politique et public fort animé, alors que dans l'Union Européenne, les processus de décision sont fort peu ouverts à l'opposition parlementaire et de la société civile. Très souvent, au contraire, les mesures européennes sont prises dans des cénacles intergouvernementaux (les Décisions Cadre) et elles sont présentées au niveau national comme des mesures que les états doivent inéluctablement implémenter en vertu de leurs obligations communautaires. Bref : 'If there is one remarkable difference between the two, it is that when the U.S. goes too far on a policy and controversy arises, eventually public discussion and the democratic process tends to restrain the powers of Government. There is no similar policy deliberation process in Europe'.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Cf. FIDH-Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme, *Counter-Terrorism versus Human Rights: the Key to Compatibility*, Report n° 429/2, octobre, 2005, 43 p., via <http://www.fidh.org/IMG/pdf/counterterrorism429a.pdf#search=%22%22counter-terroris%20versus%20human%20rights%22%22> et les diverses contributions à E. BRIBOSIA & A. WEYEMBERGH A., *Lutte contre le terrorisme et droit fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 305p.

<sup>19</sup> G. HOSEIN, *Threatening the Open Society: Comparing Anti-Terror Policies in the US and Europe*, London: Privacy International 2005, 47 p., via <http://www.privacyinternational.org/issues/terrorism/rpt/comparativeterrorreportdec2005.pdf>

<sup>20</sup> JO L 164/3.

<sup>21</sup> Pour le programme de La Haie, voir: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/doc/hague\\_programme\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/doc/hague_programme_fr.pdf)

<sup>22</sup> G. HOSEIN, *o.c.*, 41.

#### 4. Brève illustration : la « *nieuwe gestrengheid* » (« la nouvelle sévérité ») aux Pays-Bas

Bref, ce qui précède montre bien que la montée de l'Etat pénal (depuis les années 80) est un phénomène qui concerne l'Europe tout aussi bien que les Etats-Unis. De part et d'autre de l'océan Atlantique, les pouvoirs d'inquisition et répressifs aux mains de l'exécutif ont augmenté et gagné en force. Ces pouvoirs se voient justifiés à travers une pensée sécuritaire qui se déploie au détriment du respect des droits fondamentaux des individus, du système d'équilibre des pouvoirs et du débat démocratique à leur sujet.<sup>23</sup> Et il est clair que la grande mobilisation contre le terrorisme des cinq dernières années a amplifié ce mouvement des deux cotés de l'Atlantique.

Même aux Pays-Bas, pays réputé jadis pour son ouverture, sa tolérance et sa politique pénale douce et de réhabilitation, les choses ont pris la même tournure. Depuis une dizaine d'années, la croissance du taux d'incarcération y est plus élevée qu'aux Etats-Unis. Certes, Les Etats-Unis avaient une avance substantielle, mais toujours est-il que depuis 1973 le nombre de détenus s'y est multiplié cinq fois alors qu'aux Pays-Bas il s'agit d'un facteur sept. Avec l'Angleterre et le Portugal, les Pays-Bas se trouvent maintenant en tête de groupe des pays ayant un taux d'incarcération élevé.<sup>24</sup> Selon Ybo Buruma, un commentateur réputé aux Pays-Bas, le ministère public engage plus de poursuites et les juges punissent de plus et plus durement : ils imposent plus de peines privatives de liberté (même de courte durée) et de peines de travail (« *taakstraffen* »). Aussi, Aujourd'hui, les Pays-Bas ont plus de détenus en prison ou dans des institutions pour jeunes par habitant que l'Arabie Saoudite.<sup>25</sup> Des lois pénales plus sévères sont en préparation qui, au-delà des mesures prises dans le cadre de l'antiterrorisme<sup>26</sup>, alourdissent les peines maximales, concentrent la répression sur certaines formes de criminalité et aiguisent les directives données au ministère public.<sup>27</sup>

Ce qui précède a inspiré le président du collège des procureurs généraux des Pays-Bas, J.L. de Wijkerslooth, à faire le constat de l'émergence d'un nouveau paradigme pénal aux Pays-Bas, auquel il a donné le nom de *nieuwe gestrengheid* ('la nouvelle sévérité'). Selon ce nouveau paradigme tout délit impliquant une victime doit être impérativement poursuivi et éclairci, ce qui représente un genre de *zero tolerance*. Les peines doivent durcir, car la société n'accepte plus les arguments en faveur de peines douces ou de sanctions alternatives. Les droits du prévenu et de la défense restent importants, certes, mais ils perdent du terrain face aux impératifs de la sécurité : la balance penche plus facilement dans l'intérêt de ces derniers. Dans la « nouvelle sévérité », la politique pénale doit se concentrer sur la criminalité directement

<sup>23</sup> Cf. D. SALAS, *o.c.*, 12: 'En France, l'élan répressif amorcé par une majorité de gauche se poursuit sous une majorité de droite'.

<sup>24</sup> L. WACQUANT & B. HEIJNE, *l.c.*, 34-37. Pour les données au sujet des Pays-Bas, voy. aussi L. WACQUANT, 'Penalization, Depoliticization, and Racialization', *l.c.*, 89.

<sup>25</sup> Y. BURUMA, 'Kroniek van het strafrecht', *Nederlands Juristenblad*, Afl. 2005/31. Aussi : F. VAN TULDER, 'Is de rechter zwaarder gaan straffen?', *Trema (strafvoemingsbulletin)*, 2005, juin, 1-5.

<sup>26</sup> Sur l'antiterrorisme aux Pays-Bas : H. DE DOELDER, *Terrorisme en de rol van de rechter*, Erasmus Law Lectures 3, La Haie, BJu, 2006, 56 p. et K. VEEGENS, 'Het straatsburgse recht op vrijheid en veiligheid en Nederlandse verdenkingscriteria voor 'terrorisme-verdachten', *NCJM-Bulletin*, 2006/2, vol. 31, 182-204. Aussi : H. VAN GUNSTEREN, *Gevaarlijk veilig. Terreurbestrijding in de democratie*, Van Gennep, Amsterdam, 2004, 127p. dans lequel l'auteur dénonce l'aveuglement des autorités Néerlandaises pour les principes de l'Etat de droit quand celles-ci implémentent des mesures anti-terroristes qui mettent les droits fondamentaux sous haute pression. Van Gunsteren dénonce le caractère tyrannique de ces lois illimitées dans le temps.

<sup>27</sup> Y. BURUMA, 'Kroniek van het strafrecht', *Nederlands Juristenblad*, Afl. 2005/31.

sensible, comme les violences et les nuisances urbaines.<sup>28</sup> L'individualisation des mesures envers les criminels doit faire place à des catégories actuarielles (les 'récidivistes') et des mesures tarifaires. Les victimes sont passés au premier plan : le prévenu et la victime sont perçus comme des vases communicants et si la victime souffre à perpétuité, la peine infligée doit être à la hauteur de cette souffrance ... De Wijkerslooth ajoute qu'il ne faut pas s'y méprendre, car la « *nieuwe gestrengheid* » n'a, selon lui, pas eu que des effets avantageux pour le Ministère Public (croissance des moyens, appui à la réorganisation, élargissement des pouvoirs, clarification du cadre légal d'opération, ...), mais aussi un nombre de désavantages importants, et plus particulièrement un accroissement de l'intérêt du politique pour le Ministère Public, avec pour conséquences une perte d'autonomie et des interventions de plus en plus fréquentes du gouvernement (qui fait des promesses que seul le Parquet peut réaliser et tenir).<sup>29</sup>

## **5. Toutefois, des différences existent entre le Nouveau et l'Ancien monde.**

Certains seront surpris par la radicalité de notre propos, car en effet, s'il est fort probable que l'Etat pénal est en plein essor en Europe et que le 'populisme pénal' y a récolté beaucoup de succès, nombreux seront ceux qui objecteront l'équivalence ou même la comparaison avec la politique pénale américaine. Dans son essai sur la montée et les effets du populisme pénal en France, en Europe et aux Etats-Unis<sup>30</sup> Denis Salas, par exemple, a essayé de démontrer que même s'il y a indubitablement une forte poussée de punitivité - de 'volonté de punir' - en France et en Europe, la situation y est assez différente de celle des Etats-Unis.<sup>31</sup> En Europe, en effet, nous ne sommes pas confrontés à des « pratiques de cow-boy » telles que des vols secrets effectués par la CIA, des prisons secrètes, le retour ouvert de la torture, la création artificielle d'un d'îlot de non droit où l'on pourrait maltraiter et humilier à volonté des prisonniers présumés taliban et terroristes. Et d'autre part, en Europe, en matière pénale, nous ne connaissons ni la peine de mort, ni les *death rows*, ni la justice spectacle life genre O.J. Simpson, pas de peines destinées spécialement à humilier (*shaming*), pas de *chain gangs* ...

Ergo, quoique l'on en dise il y a bel et bien des différences. Mais comment les comprendre, comment les expliquer? Ainsi, même si on peut identifier des grands mouvements socio-économiques similaires des deux cotés de l'Atlantique, cela ne permet pas du tout d'assimiler les ghettos américains aux

---

<sup>28</sup> Voir également L.J.J. ROGIER, *o.c.*, 41 p.

<sup>29</sup> J.L. DE WIJKERSLOOTH, *l.c.*, 13-14.

<sup>30</sup> Salas lie très directement cette montée du populisme à l'ascension politique de la victime: c'est la naissance d'une 'volonté de punir' pour satisfaire les victimes, au détriment d'un 'droit de punir' pour rétablir l'ordre social, qui a fonctionné comme pied de biche initial dans la transformation de la pénalité en France. D. SALAS, *o.c.*, 63-101

<sup>31</sup> Toujours est-il qu'on retrouve en France par exemple la plupart des ingrédients de la *culture of control* et de l'Etat pénal ou sécuritaire que nous avons déjà évoquée plus haut. Ainsi à partir des années 1975-80, sous le poids de la croissance de la petite et moyenne criminalité et le mécontentement des victimes, Salas voit la politique pénale française s'inscrire dans un dispositif de sécurité, dans lequel « on passe d'un modèle de réponse à l'acte ou de traitement des individus à la régulation des espaces et des populations qui vivent dans un espace donné », qui va de pair avec la création de mesures préventives ; D. SALAS, *o.c.*, 43.

banlieues françaises.<sup>32</sup> Michael Tonry<sup>33</sup> fait remarquer à juste titre que les politiques criminelles de la plupart des pays européens peuvent différer substantiellement malgré des transformations économiques similaires et des tendances semblables dans l'opinion publique. Des innovations américaines semblent avoir seulement du succès dans des systèmes juridiques du *common law*, comme en Australie et en Angleterre, alors que les traditions du droit continental européen n'accrochent pas aux Etats-Unis et en Grande Bretagne. Même si des recherches comparatives systématiques et approfondies manquent encore en ce qui concerne les pratiques pénales et les indices de la montée de l'état pénal, il y en a de bonnes raisons de nuancer la thèse de l'isomorphie des politiques pénales dans le monde occidental. L'origine des différences pourrait bien sûr s'enraciner dans l'autonomie relative des systèmes de justice par rapports aux mouvements des facteurs socio-économiques. En effet, les institutions de justice ne poursuivent pas exclusivement un but général de contrôle du crime, elles poursuivent également des objectifs intrinsèques (tels que le procès équitable et le respect des droits de l'homme) et organisationnels (en matière de gestion du personnel et des ressources financières).<sup>34</sup>

Tonry fait également référence aux différences culturelles et anthropologiques entre les pays pour expliquer les différences entre leurs politiques pénales.<sup>35</sup> Cette perspective nous fait remonter à B. Edelman qui a très bien distingué la pensée juridique américaine et européenne au niveau anthropologique.<sup>36</sup> L'anthropologie du guerrier américain, écrit Edelman, éclaire l'importance des droits constitutionnels américains qui permettent à la défense de résister contre toute accusation.<sup>37</sup> Une telle anthropologie s'accorde naturellement fort bien à la pensée de Hobbes et Locke pour qui l'homme est avant tout à la recherche de sa propre préservation et sécurité tout en voulant garder pour lui un maximum de liberté. S'ajoute à cela d'ailleurs, comme le montre bien D. Salas, que dans le protestantisme (américain) l'homme doit répondre de ses actes seuls, devant sa conscience morale. Il n'y a pas, comme dans le catholicisme continental, d'instance médiatrice sous la forme d'une église ayant pour tâche d'aider, d'absoudre et de 'réhabiliter' la brebis égarée. Ainsi, d'une perspective protestante, la séclusion et l'enfermement, '[s]i la prison est utile, c'est dans le but de restaurer la conscience morale'.<sup>38</sup> D'autre part, le constat que la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* française ne comprend, en comparaison avec la *Bill of Rights* américaine, que peu de droits procéduraux à l'avantage du prévenu, nous incline à penser qu'une autre anthropologie y est au travail. La *Déclaration* ne semble pas avoir eu besoin de créer une gamme élaborée de droits procéduraux, ce qui selon Edelman se rapporte au concept de liberté républicaine qui la sous-tend. Ce concept de

<sup>32</sup> En effet, comme l'écrit Wacquant au sujet de la marginalité urbaine, celle-ci 'n'est pas partout tissée de la même étoffe': 'Les mécanismes génériques qui la produisent, comme les formes spécifiques qu'elle revêt, deviennent pleinement intelligibles dès lors que l'on se donne la peine de les replacer dans la matrice historique des rapports entre les classe, l'Etat et l'espace caractéristique de chaque société à une époque donnée. C'est dire que nous devons travailler à développer des images plus complexes et différenciées des « damnés de la ville » si nous souhaitons saisir correctement leur situation sociale et élucider leur destin collectif dans des contextes nationaux différents' (L. WACQUANT, *Parias urbains*, o.c., 6).

<sup>33</sup> M. TONRY, 'Symbol, substance and severity in western penal policies', *Punishment and Society*, 2001, n°4, 517-536

<sup>34</sup> Cf. F.A.M.C. DENKERS, *Criminologie en beleid*, Nijmegen: R. FOQUE & A.C. 't HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Anvers, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 501 p.

<sup>35</sup> M. TONRY, o.c., 530

<sup>36</sup> B. EDELMAN, 'What Rights for Those on Trial? Universality and Human Rights', in M. DELMAS-MARTY, (ed.), *The Criminal Process and Human Rights. Towards a European Consciousness*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 101.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 99.

<sup>38</sup> D. SALAS, o.c., 105

liberté, enraciné dans la pensée de Rousseau et Kant, est fondamentalement différent : la liberté n'est pas assimilable à une absence de contraintes, mais elle n'est, bien au contraire, possible que si elle est rationnellement structurée en fonction de sa réalisation dans l'Histoire.<sup>39</sup> De cette façon, l'antagonisme entre l'autorité et la liberté semble disparaître<sup>40</sup>: la loi est un instrument de libération et de liberté; elle permet à l'homme de sortir de la guerre de tous contre tous. Les conséquences constitutionnelles de cette approche sont connues : une structure d'Etat dans laquelle le législateur prédomine. La procédure pénale, elle aussi, s'en voit imprégnée, car le système inquisitorial donne toute l'importance à la recherche de la vérité. Comme la *volonté générale*, en effet, « la » vérité transcende la contingence des volontés individuelles ou des parties. L'appareil judiciaire en sa totalité et ses acteurs, du policier au juge, sont des agents de la liberté républicaine. Leur tâche consiste à « découvrir » la vérité, condition de la liberté. L'importance des droits de la défense se dilue face à un tel programme. Bien sûr, les deux systèmes de droit pénal - le système de droit continental et l'anglo-saxon - se rejoignent et il y a des transferts. Mais le constat que les pays anglo-saxons continuent à préférer la procédure adversaire alors que les pays continentaux optent pour le système inquisitorial tient pleinement. Aussi, il s'avère que dans les pays au régime autoritaire d'Etat, la poursuite des crimes se déroule toujours selon une procédure de type inquisitorial.<sup>41</sup>

L'existence d'une part de conceptions différentes de l'Etat, et de l'autre de traditions juridiques, procédurales et pénales différentes<sup>42</sup>, ont certainement contribué au développement de politique pénales divergentes. Ainsi, il est clair que la forme que l'Etat français revête pendant les années révolutionnaires est redevable à son passé absolutiste<sup>43</sup>: la pensée de la souveraineté absolue -qui se perpétue pendant la révolution - privilégie le droit public.

## 6. L'impact de la protection des droits de l'homme ?

L'analyse proposée jusqu'à présent ne pourrait être complète sans référence aux droits de l'homme et leur développement pendant la seconde moitié du

<sup>39</sup> Isaiah Berlin parlerait de la liberté positive : la liberté a un contenu moral qui est lié au devoirs doivent être remplis pour qu'une société puisse être libre. Le citoyen n'est libre que s'il agit comme le ferait un homme raisonnable, I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, (1958), dans *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, 213p. Cf. La remarque de Montesquieu que « la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1, Paris, Garnier Flammarion - 325, 292. Sur les différents concepts de liberté : P. DE HERT & S. GUTWIRTH, 'Tussen vrijheid en grondrechten. Een paradigmastrijd met blijvende actualiteitswaarde', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2000/3, 205-214.

<sup>40</sup> B. EDELMAN, *l.c.*, 102.

<sup>41</sup> B. DE SMET, *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Anvers, Intersentia Uitgevers, 1996, 25.

<sup>42</sup> Voy. M.R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative approach to the legal proces*, New Haven, Yale University Press, 1986, 242p. ; B. DE SMET, *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Anvers, Intersentia Uitgevers, 1996; A. GARAPON & I. PAPADOPOULOS., *Juger en Amérique et en France. Culture juridique et common law*, Paris, Odile Jacob, 2003, 322 p.; S. GUTWIRTH & P. DE HERT, 'Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers', *Delikt en Delinkwent*, 31, december 2001, 1048-1087 et J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford University Press, 2003, 311p.

<sup>43</sup> Cf. C.H. BRANTS, P.A.M. MEVIS en T. PRAKKEN, *l.c.*, 4 et A. GARAPON & D. SALAS, *o.c.*, 124: "A l'inverse des pays anglo-saxons, où la tradition d' *l'habeas corpus*, vieille de plus de trois siècles, interdit la détention arbitraire, chez nous la détention provisoire -l'ancien "décret de prise de corps"- s'enracine dans une puissance longtemps indifférente au droits des individus"; et en formules plus générales à la p. 8 : "C'est que la puissance de l'Etat s'est affirmée en France face à une société dispersée en de multiples féodalités au moyen d'un système procédural dominé par la concentration des pouvoirs. Kantorowicz a bien saisi comment le pouvoir du juge pénal est né de la volonté de l'empereur de disposer une arme au service exclusif de l'Etat et de la personne sacrée du prince. L'apparition du procès pénal dans les pays d'Europe latine a correspondu à un moment où l'Etat délogeait le religieux et se posait comme le seul constituant de la société. Il est ce noyau de pouvoir constitué autour de la personne sacrée du prince pour le protéger de l'ennemi intérieur"

vingtième siècle. Il est en effet hors question que les droits de l'homme, en particulier ceux qui furent inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ont contribué à la convergence entre familles juridiques distinctes. En réaction aux atrocités et aux excès des dictatures européennes et en raison de la signature anglo-saxonne de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention européenne, après la seconde guerre mondiale, on a pu voir des éléments du constitutionalisme américain pénétrer dans le droit constitutionnel et dans le droit pénal des systèmes juridiques continentaux.<sup>44</sup> A l'inverse, en Grande-Bretagne, où la procédure accusatoire est de mise, des éléments inquisitoriaux font surface<sup>45</sup>. Il y a donc osmose entre les deux modèles.<sup>46</sup>

Pour Salas, la Convention européenne des droits de l'homme et les procédures qu'elle a instaurées procurent néanmoins une explication majeure des différences qui subsistent entre les Etats-Unis et l'Europe au niveau de la pénalité. L'humanisme de la politique pénale et la modération des peines en Europe peuvent, selon Salas, se comprendre à partir d'un héritage culturel européen, fortement revitalisé après les horreurs de la seconde guerre mondiale, dans lequel le droit de punir est par définition un droit limité et contrôlé. La modération des peines y serait enracinée dans les principes de légalité et nécessité des peines et dans les droits de l'homme.<sup>47</sup> Aux Etats-Unis, par contre, selon Salas, une culture de violence et de guerre aurait pris le dessus, sous l'emprise du populisme pénal et de la politique anti-terroriste. Aussi, aux Etats-Unis la protection des droits de l'homme par la Cour Suprême serait d'un autre ordre que celle pourvue par la Cour de Strasbourg: "Le périmètre des droits de l'homme est transnational en Europe, alors qu'il est lié à un récit très national, inlassablement raconté par les juges de la Cour Suprême aux Etats-Unis. L'identité proposée par cette communauté interprétative n'est en rien comparable avec l'aspiration à un droit commun des peuples européens".<sup>48</sup> En d'autres mots, le rôle de l'acceptation du contrôle international de la Cour européenne des droits de l'homme serait pour cet auteur un élément décisif pour expliquer la tournure plus humaniste et modérée que prennent les politiques pénales en Europe.<sup>49</sup>

Dans le même ordre d'idées, Van Den Wyngaert (Universiteit Antwerpen) et Snacken (Vrije Universiteit Brussel) mettent l'accent dans des ouvrages récents sur les possibilités qu'offrent la Convention Européenne des Droits de l'Homme et les interprétations faites par la Cour pour aboutir à un droit pénal individualisé et modéré. Ainsi Van Den Wyngaert conclut que le législateur n'a pas carte blanche quand il s'agit de déterminer les incriminations et que le droit de punir du législateur est limité par les règles concernant les droits de l'homme.<sup>50</sup> Snacken trouve dans la jurisprudence de la Cour certains éléments

---

<sup>44</sup> F. TULKENS, 'La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux', in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris, P.U.F., 1992, 38.

<sup>45</sup> B. De SMET, *o.c.*, 23.

<sup>46</sup> Dans l'affaire *Kruslin c. France* du 24 avril 1990 la Cour de Strasbourg a relativisé la différence entre les deux systèmes de la façon suivante : "[O]n aurait tort de forcer la distinction entre pays de common law et pays "continentaux"; le Gouvernement le souligne avec raison. La loi écrite (statute law) revêt aussi, bien entendu, de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux."; via <http://cmiskp.echr.Conseil.de.l'Europe.int/>

<sup>47</sup> D. SALAS, 122 *et seq.*

<sup>48</sup> *Ibid.* 128.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 124-140.

<sup>50</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 2006, 92.

supportant une politique pénale réductionniste (c.à.d. ayant moins recours à la privation de liberté), mais elle estime que la Cour pourrait aller plus loin dans cette voie.<sup>51</sup>

A côté de cette vision plutôt optimiste, où les droits de l'homme continuent à jouer leur rôle traditionnel de bouclier contre une (sur)pénalisation, plusieurs auteurs démontrent l'effet amplificateur des droits de l'homme sur le droit pénal. Selon Tulkens et Van de Kerchove les droits de l'homme « peuvent constituer aussi bien la 'bonne' que la 'mauvaise' conscience du droit pénal, au sens où ils sont susceptibles aussi bien de légitimer le droit pénal en donnant 'bonne conscience à la raison punitive' que de limiter son intervention en projetant un regard critique sur celle-ci (...) ».<sup>52</sup> En utilisant la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, les deux auteurs dévoilent « la relation paradoxale » entre droit pénal et droits de l'homme: « les droits de l'homme jouent tour à tour un rôle de 'neutralisation' (mauvaise conscience) et d' 'entraînement' (bonne conscience) du pénal. En un mot, les droits de l'homme ont tout à la fois un rôle défensif et offensif ».<sup>53</sup>

Cartuyvels envisage la problématique des droits de l'homme dans le même sens : les droits de l'homme *freinent-ils* ou, au contraire, *amplifient-ils* la (sur)pénalisation ? Utilisant une perspective historique sa réponse est plutôt pessimiste. Au lieu de 'freiner', il semble que les droits de l'homme 'amplifient' de plus en plus l'approche pénale.<sup>54</sup> De Hert et Gutwirth résument ce rôle offensif grandissant des droits de l'homme en un nouveau proverbe : « Punis pour protéger les droits de l'homme ! ».<sup>55</sup> Selon eux la Cour Européenne - en élargissant les obligations nationales de recourir au droit pénal - est même devenue une « machine qui encourage l'inflation pénale ».<sup>56</sup> Il est vrai qu'il arrive à la Cour de se laisser séduire par le charme douteux d'une pénalisation plus dure. La question se pose néanmoins de la pertinence d'une approche différente et peut-être plus nuancée, en évitant l'assimilation entre un plaidoyer pour le « droit pénal » et un plaidoyer pour une « (sur)pénalisation ». Sans vouloir sous-estimer la montée de l'Etat pénal et la (sur)pénalisation qui l'accompagne (cf. supra), nous pensons que le plaidoyer pour le « droit pénal » peut être et est légitimé par la Cour Européenne par d'autres arguments que la recherche d'une pénalisation *pure et dure*. Toutefois cette constatation soulève elle-même de nouvelles questions qui exigent une analyse plus approfondie.

C'est précisément le but de la suite de cette contribution. Quel est le rôle que les droits de l'homme européens ont joué et pourraient jouer face à la montée

<sup>51</sup> S. SNACKEN, 'Bestrafing, vrijheidsbeneming en mensenrechten' in E. BREMS, e.a. (éd.), *Vrijheden en vrijheidsbeneming*, Antwerpen.-Oxford: Intersentia, 2005, 323-352 et 'A reductionist penal policy and European human rights standards', *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2006, à paraître

<sup>52</sup> F. TULKENS & M. VAN DE KERCHOVE, 'Les droits de l'homme: Bonne ou mauvaise conscience du droit pénal', dans *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE & B. SPRIET (red.), Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2005, 950.

<sup>53</sup> *Ibid.*, 957.

<sup>54</sup> Y. CARTUYVELS, 'Droits de l'homme et droit pénal : un retournement ?', contribution au colloque *Les Droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, organisé par le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques et le Centre constitutionnel et de la culture des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 6 et 7 octobre 2006.

<sup>55</sup> P. DE HERT & S. GUTWIRTH, 'Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen! De strafbaarstelling als positieve staatsverplichting', dans *Strafrecht als roeping, o.c.*, 729.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 752: "Straatsburg is op die manier verworpen tot een machine die aanzet tot 'penale inflatie', (...)."

de l'Etat pénal en Europe ? Est-ce que ces droits de l'homme européens ont contribué à faire la différence avec les politiques pénales anglo-américaines ? Quel est l'impact du système européen de protection des droits de l'homme sur le développement de l'Etat pénal ou sécuritaire en Europe? De quelle façon participe-t-il à une modération de l'Etat pénal européen? Pourquoi n'y parvient-il pas mieux? Y a-t-il des éléments dans le système constitutionnel américain qui seraient quant à eux également intéressants à cet effet?

Faisant suite à l'analyse de Van Den Wyngaert, nous traiterons ici d'abord de l'impact des droits de l'homme sur les incriminations pénales (II), puis sur les peines (III). Alors que le législateur est au centre de ce chapitre II, le chapitre III traitera de tous les acteurs impliqués dans l'application des peines ou mesures, juge pénal, procureur, juge d'instruction, autorité pénitentiaire. En guise de conclusion, le chapitre IV se penchera sur les limites de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour comme bouclier contre une (sur)pénalisation en Europe.

## **II. Freiner "la punitivité" : que fait Strasbourg pour encadrer le législateur pénal?**

### **1. Introduction**

Une incrimination est « excessive » lorsque le législateur l'a formulée de telle façon qu'elle enfreint les droits de l'homme. Les dispositions importantes de la Convention concernant ce *droit pénal matériel* sont le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (article 3), le droit à un procès équitable et la présomption d'innocence (article 6), le principe de légalité des incriminations et des peines (article 7), le droit à la vie privée et familiale (article 8) et le droit à la parole libre (article 10).

### **2. Le droit à la vie et le droit pénal matériel**

#### ***La peine de mort et le droit pénal dans l'article 2 CEDH***

L'incidence de l'article 2 de la CEDH sur le travail du législateur pénal est plus riche, mais aussi plus complexe qu'on pourrait croire à première vue. Bien sûr, le droit à la vie est reconnu. Sur le législateur repose le devoir de la protéger 'par la loi' et on pourrait assumer que ceci doit se faire en adoptant des délits d'atteinte à la vie. Le législateur doit également prévenir que 'la mort soit infligée à quiconque intentionnellement' mais il est fait exception pour la peine de mort en cas de crimes. En effet, la CEDH de 1950, 5 ans après les horreurs de la 2<sup>e</sup> Guerre mondiale, acceptait sous l'article 2 concernant le « droit à la vie » que « *Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi* ». L'article ne fournissait aucune indication sur le genre de crimes qui étaient susceptibles d'être punis par la peine de mort, laissant au législateur une grande liberté sur ce point. L'Europe a cependant connu une évolution importante par rapport à la peine de mort. Trente ans après la CEDH (1980), le Protocole 6 proposera l'abolition de la peine de mort en temps de paix. En 2002, le Protocole 13 propose son abolition

totale. Au niveau de l'Union Européenne, la Charte Européenne des Droits Fondamentaux (2000) prévoit sous le Titre I, Dignité humaine, l'article II-2, que « Nul ne sera condamné à la peine de mort, ni exécuté ».

La jurisprudence de la Cour suit cette évolution. Avec l'arrêt *Soering c Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, une première étape est franchie : l'extradition vers les Etats-Unis est refusé parce que la situation dans les *death rows* est considérée comme inhumaine et dégradante et donc contraire à l'article 3. En 2003, l'arrêt *Öcalan c. Turquie* (du 12 mars 2003) constate que l'Europe est caractérisée par l'abolition générale de la peine de mort et en conclut que cette peine, même si elle est encore toujours prévue à l'article 2, est maintenant considérée comme inacceptable, inhumaine et dégradante et donc contraire à l'article 3. Ceci constitue une première illustration des interactions entre la Cour et d'autres instruments ou politiques de droits de l'homme. En effet, à partir de 1994, les pays de l'Europe centrale et de l'Est souhaitant devenir membre du Conseil de l'Europe se voient obligé de ratifier le Protocole 6, d'arrêter immédiatement toute exécution et d'abolir la peine de mort en déans les deux ans. Le Conseil de l'Europe et l'UE mènent à ce sujet d'ailleurs une politique internationale explicite, entre autre par rapport aux Etats-Unis. Voir l'Amicus Curiae envoyé par l'UE et le Conseil de l'Europe lors des débats devant la Cour Suprême ayant amené l'abolition de la peine de mort pour mineurs (*Roper c. Simmons*, 1 mars 2005). Les Etats-Unis ayant le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe depuis 1995, une discussion ardue s'est développée par rapport à la peine de mort. Pour les Etats-Unis, la peine de mort n'est pas un problème de droits de l'homme et sa légitimité se trouve dans le support important auprès de l'opinion publique américaine. Pour le Conseil de l'Europe, le problème est essentiellement un problème de droits de l'homme « qui ne devraient jamais dépendre d'une opinion publique changeante ». Depuis 2000, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe est ainsi intervenu 43 fois à l'étranger. Le débat peut donc être lié à des conceptions différentes concernant le lien entre démocratie, opinion publique et droits de l'homme.

Le deuxième paragraphe de l'article 2 couvre quelques chapitres classiques du droit pénal tels que la légitime défense et l'état de nécessité. L'approche de la CEDH est clairement humaniste. Ainsi l'usage de la force se rattachant à la résistance légitime, à l'arrestation et au maintien de l'ordre est accepté, mais limité à la condition de proportionnalité du recours à la force et dans le cas du maintien de l'ordre, à une exigence de légalité.<sup>57</sup>

### ***Une obligation positive de créer du pénal ?***

L'article 2 de la Convention est de plus en plus sollicité dans la pratique de la Cour Européenne,<sup>58</sup> tout en jouant également un rôle grandissant dans le domaine du droit pénal matériel.

En effet, des questions juridiques importantes sur *le début et la fin de la vie* obligent la Cour de prendre position vis-à-vis du droit pénal matériel des Etats contractants. Par exemple, dans l'arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, la Cour Européenne est confrontée à la question de savoir « (S)i, hors de la volonté de

<sup>57</sup> Art. 2 par. 2 CEDH: « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire: a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale; b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue; c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

<sup>58</sup> F. TULKENS, 'La Convention européenne des droits de l'homme. Les développements récents de la Cour européenne des droits de l'homme', leçon inaugurale du 10 novembre 2006, VUB leerstoel 2006-2007.

la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus au titre de cet article ». <sup>59</sup> L'approche de la Cour est prudente, mais aussi ambiguë. Selon la Cour un système judiciaire efficace tel qu'il est exigé par l'article 2 peut comporter, « et dans certaines circonstances doit comporter, un mécanisme de répression pénale ». Toutefois, la Cour nuance immédiatement cette obligation positive : «(S)i l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité de l'article 2 n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale». <sup>60</sup> L'existence d'un recours administratif ou civil efficace, comme c'était le cas en l'espèce, peut suffire. <sup>61</sup> Dès lors, la Cour estime la demande de la requérante excessive *en l'espèce*.

Comme la Cour l'indique elle-même dans cet arrêt, dans certaines circonstances un système judiciaire efficace « doit » comporter un mécanisme de répression pénale. La Cour légitime ce 'devoir de punir' d'une façon nuancée et le contexte de l'affaire semble important pour comprendre la démarche de la Cour. L'arrêt *Oneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004 illustre bien la complexité et l'enjeu de la problématique. S'appuyant notamment sur l'article 2 de la Convention, le requérant soutenait que les autorités Turques étaient responsables de la mort de neuf de ses proches, ainsi que de la destruction de ses biens, du fait de l'explosion de gaz de méthane survenue le 28 avril 1993 dans le dépôt d'ordures municipal d'Ümraniye (Istanbul). Dans son arrêt, la Cour réaffirme premièrement que *le volet substantiel* de l'article 2 ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'Etat, mais contient aussi l'obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction. La Cour va ensuite concrétiser ce qu'implique cette obligation positive dans le domaine spécifique « des activités dangereuses ». La Cour s'arrête d'abord aux « mesures préventives » <sup>62</sup> tout en soulignant l'importance du droit du public à l'information. A ces deux niveaux les autorités Turques ont failli aux yeux de la Cour Européenne. Les autorités étaient au courant des dangers imminents et elles ont omis de prendre des mesures nécessaires et d'informer le public concerné. Dès lors, il y a violation de l'article 2 sous son volet substantiel.

### ***Le volet procédural de l'article 2***

Mais la Cour va plus loin... En analysant le *volet procédural de l'article 2*, elle met d'abord l'accent sur la nécessité d'un «mécanisme d'enquête officiel, indépendant et impartial ». Il arrive en effet que seuls des agents de l'Etat sont susceptibles de connaître les circonstances exactes dans lesquelles le décès est

---

<sup>59</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 81.

<sup>60</sup> *Ibid.*, §90.

<sup>61</sup> Voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie*, 17 janvier 2002. Lire W. VANDENHOLE, 'EVRM vereist geen strafrechtelijke verantwoordelijkheid bij medische nalatigheid', *De Juristenkrant*, 13 février 2003, n° 43, 7.

<sup>62</sup> Comme une réglementation qui régit « l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause ». Ces réglementations doivent par ailleurs prévoir des procédures adéquates « permettant de déterminer ses défaillances ainsi que les fautes qui pourraient être commises à cet égard par les responsables à différents échelons » (Cour eur. D.H., arrêt *Oneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004, § 90).

survenu.<sup>63</sup> Pourtant en l'espèce les autorités Turques avaient ouvert une enquête qui aboutissait à la désignation des responsables éventuels. Néanmoins la Cour pense que « les exigences de l'article 2 s'étendent au-delà du stade de l'enquête officielle, lorsqu'en l'occurrence celle-ci a entraîné l'ouverture de poursuites devant les juridictions nationales. » Dans ce cas, « c'est l'ensemble de la procédure, y compris la phase de jugement, qui doit satisfaire aux impératifs de l'obligation positive de protéger la vie par la loi ».<sup>64</sup>

Même s'il ne faut pas en déduire que l'article 2 peut impliquer le droit pour un requérant de faire poursuivre ou condamner au pénal des tiers, la Cour déclare, en revanche, que « les juridictions nationales ne doivent en aucun cas s'avérer disposées à laisser impunies des atteintes à la vie. » La punition judiciaire des atteintes à la vie est, selon la Cour, indispensable tant pour « maintenir la confiance du public et assurer son adhésion à l'Etat de droit » que pour « prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration ». La tâche de la Cour Européenne consiste donc, selon ses propres termes, à vérifier s'il est manifeste que la juridiction saisie a procédé à l'examen scrupuleux que demande l'article 2 de la Convention, « pour que la force de dissuasion du système judiciaire mis en place et l'importance du rôle que celui-ci se doit de jouer dans la prévention des violations du droit à la vie ne soient pas amoindries ».<sup>65</sup> En l'espèce, la Cour constate que le tribunal correctionnel d'Istanbul condamna les responsables à des peines dérisoires (des amendes d'environ 9,70 euros assorties d'un sursis), sur la seule incrimination de « négligence dans l'exercice de leurs fonctions », ce qui selon la Cour Européenne « n'a nullement trait aux faits constitutifs d'une atteinte à la vie ni à la protection du droit à la vie, au sens de l'article 2 ». Il en résulte que les juges du fond ont laissé en suspens toute question se rapportant à une éventuelle responsabilité des autorités dans la mort des neuf proches du requérant. En bref, il y a lieu de conclure en l'espèce à la violation de l'article 2 de la Convention, sous son volet procédural également.

La démarche de la Cour sous le volet procédural de l'article 2 donne une double image de la Cour. D'un côté, elle affirme la force de dissuasion du système judiciaire pénal et utilise le principe de proportionnalité comme une « épée » (il faut punir plus!) pour démontrer la *légèreté* de l'incrimination. A cet égard, il semble légitime de conclure que la Cour Européenne agit comme « *une machine qui encourage l'inflation pénale* ».<sup>66</sup> Mais d'autre côté, suivant l'analyse de la juge Françoise Tulkens, nous pouvons également voir dans cet arrêt un exemple de l'activisme de la Cour pour protéger les plus faibles, dans le domaine de logement qui plus est.<sup>67</sup> De plus, l'impunité quasi totale des autorités et des agents de l'Etat, que la Cour a considéré comme établie, ne se concilie pas du tout avec les fondements d'un Etat de Droit. En ce sens, on pourrait tout aussi bien se risquer à présenter la Cour Européenne comme *celle par qui les intouchables sont punis*.

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, §93-94.

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>65</sup> *Ibid.*, §96.

<sup>66</sup> P. DE HERT & S. GUTWIRTH, 'Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen!', *l.c.*, 752.

<sup>67</sup> F. TULKENS, 'La Convention européenne des droits de l'homme. Les développements récents de la Cour européenne des droits de l'homme', leçon inaugurale du 10 novembre 2006, VUB leerstoel 2006-2007.

Sans sous-estimer l'importance sociale de ce genre d'arrêts et la nécessité pour l'Etat de Droit d'éviter tout statut d'*intouchables*, deux questions fondamentales doivent être posées.

### ***Deux questions fondamentales***

*Primo*, l'exigence de pénalisation n'est-elle pas en contradiction avec la subsidiarité du droit pénal comme « droit odieux » ? Dans l'arrêt *M.C. c Bulgarie* du 4 décembre 2003, la Cour de Strasbourg condamna la Bulgarie pour avoir porté atteinte tant au droit à l'intégrité physique et psychique de la personne (garanti par l'article 3), qu'à son droit à l'autonomie en tant qu'élément du droit à la vie privée (garanti par l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme). Dans cette affaire sensible et délicate, la Cour estima en effet que la Bulgarie était en défaut pour n'avoir pas poursuivi pénalement les auteurs présumés d'un viol au motif de l'absence de preuves de résistance physique notable de la victime. Pour la Cour, en effet, une obligation positive d'incrimination et de poursuite pénale incombe aux Etats en matière de violences sexuelles dès qu'il y a manque de consentement. La juge belge, Françoise Tulkens, partagea le point de vue de la Cour, tout en émettant, selon nous à juste titre, une courageuse observation nuancée: « Le seul point que je souhaiterais clarifier, écrit elle, est relatif à l'usage de la voie pénale. [...] La Cour considère « que les Etats ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol (...) ». Certes, le recours au droit pénal peut se comprendre pour ce type d'infraction. Toutefois, il importe aussi de rappeler, *sur un plan plus général*, [...] que le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution. Je pense que l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et que son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine « retenue ». Quant au postulat que la voie pénale serait, en tout état de cause, la plus efficace en termes de prévention, les observations contenues dans le *Rapport sur la décriminalisation du Comité européen pour les problèmes criminels* montrent bien que l'efficacité de la prévention générale fondée sur le droit pénal dépend de nombreux facteurs et que celle-ci n'est pas la seule façon de prévenir les comportements indésirables. »<sup>68</sup>

*Secundo*, en imposant aux Etats d'incriminer certaines atteintes aux droits fondamentaux, la Cour ne se met-elle pas à la place du législateur national ? Cette tendance de la Cour à 'fixer les normes' est étroitement liée à l'application grandissante de la théorie des obligations positives des Etats membres, autant 'verticalement' (l'Etat vis-à-vis de l'individu) que 'horizontalement' (entre individus). Jusqu'où la Cour va-t-elle aller, peut-on se demander. Les exemples de l'avortement et de l'euthanasie attestent de la délicatesse des problèmes que ces questions soulèvent. Dans l'arrêt *Vo c. France* (cf. supra) la Cour a heureusement évité de répondre à la question de savoir si un fœtus est « une personne » au sens de l'article 2 ou non. Si un fœtus venait à être considéré comme « une personne », la vie de cette

---

<sup>68</sup> CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, opinion concordante de la juge Fr. Tulkens, via <http://cmiskp.echr.Conseil.de l'Europe.int/>

personne ne devrait-elle pas être protégée par le droit pénal et un système judiciaire efficace et dissuasif?

Les mêmes questions se posent à propos de l'euthanasie. L'article 2 impose-t-il aux états contractants de protéger la vie humaine contre l'euthanasie? Ou au contraire, l'interdiction de l'euthanasie ne violerait-elle pas, dans certains cas, le droit à une vie « digne »? Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume Uni* du 29 avril 2002, la Cour a répondu par la négative à une jeune femme complètement handicapée suite à une maladie dégénérative, qui demandait que son mari soit autorisé par les autorités à l'aider à se « suicider ». La Cour n'est manifestement pas convaincue que le droit garanti par l'article 2 contienne un aspect négatif. Elle estime dès lors que « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ».<sup>69</sup>

Cependant, en intervenant aussi directement dans les questions d'incriminations dans des domaines socialement sensibles, la Cour ne risque-t-elle pas de se prononcer sur les dimensions politiques du droit, terrain classique du législateur?<sup>70</sup>

### **3. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants et le droit pénal matériel**

Les incriminations excessives peuvent aussi se heurter à l'article 3 CEDH qui interdit la torture et l'infliction de peines ou traitements inhumains et dégradants. La volonté des pères spirituels de la Convention consistait à vouloir encadrer, non seulement l'enquête pénale (par exemple la torture comme mode d'investigation), mais aussi le travail du législateur et du juge pénal : la torture ne peut pas être prescrite comme peine et des peines inhumaines et dégradantes ne peuvent pas figurer parmi les instruments du droit pénal. Vu l'effroi européen contemporain vis-à-vis des pratiques américaines comme les *chain gangs*, on peut voir dans l'article 3 CEDH et les valeurs qu'il représente, une des raisons principales pour les différences entre les deux continents.

Le moins qu'on puisse dire sur la relation entre l'article 3 CEDH et le droit pénal est qu'elle n'est pas sans ambiguïtés. L'article 3 CEDH ne contient pas de définition des termes utilisés ('torture', 'inhumains' et 'dégradants'). Ce travail a été fait dans des instruments internationaux et nationaux, et naturellement dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984.<sup>71</sup> Aux fins de cette Convention, le terme torture désigne « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son

<sup>69</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume Uni* du 29 avril 2002, §39.

<sup>70</sup> P. DE HERT & S. GUTWIRTH, 'Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen!', *l.c.*, 749.

<sup>71</sup> Voir *M.B.*, 28 octobre 1999

consentement exprès ou tacite. *Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles* » (article 1, par. 1 de la Convention).

Il est fort clair que cette dernière phrase laisse la plus grande discrétion au législateur et permet à certains états 'moins éclairés' de devenir membre de la Convention tout en maintenant certaines punitions médiévales (peine de mort, le fouet, ...).<sup>72</sup> Heureusement cet article doit rester « sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large » (article 1, par. 2 de la Convention). Le législateur belge n'a pas retenu cette réservation honteuse en adoptant la loi du 14 juin 2002 de mise en conformité du droit belge avec la Convention.<sup>73</sup> Dorénavant la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont punis d'une façon générale dans une nouvelle section du Code Pénal comprenant les articles 417bis à 417quinquies dans le Livre II, Titre VIII, Chapitre I<sup>er</sup>.<sup>74</sup> Dans l'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi, le législateur belge souligne 'le caractère strictement minimaliste' de la définition de la torture retenue par la Convention : « Ce caractère minimaliste s'explique par le fait que la Convention est le résultat d'un consensus au niveau mondial ». (...) On comprend, dès lors, qu'il ait semblé important de permettre la ratification de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par certains pays recourant à certaines formes de peine (flagellation,...), voire à la peine capitale. Mais une telle limitation se comprendrait difficilement en droit belge qui ne saurait admettre que des souffrances aiguës soient infligées, en tant que telles, à titre de sanction légale. *Il convient de préciser que les dispositions régissant les peines privatives de liberté ainsi que celles organisant le régime carcéral ne doivent pas être interprétées comme infligeant, en tant que telles, de telles souffrances* ». <sup>75</sup> On constate que la prudence reste forte et qu'aux niveaux international et national règne le souci de ne pas faire interférer (trop) le droit des droits de l'homme et le droit pénal.

En introduisant l'article 3 ci-dessus nous écrivions que des 'incriminations excessives *peuvent* se heurter à l'article 3'. Pourquoi ce conditionnel ? La difficulté ne réside non pas seulement chez le législateur (national et international), mais aussi au sein de la CEDH. Une nouvelle fois, la Cour ne semble pas avoir adopté une ligne de conduite claire et uniforme. Plusieurs arrêts manifestent une sensibilité accrue vis-à-vis de l'article 3 de la Convention (cf. infra, les peines). Dans l'arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, la Cour justifie son attitude par « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales

<sup>72</sup> Cf. H. BERKMOES, 'Folterverbod in het strafrecht', *Panopticon*, 2004, (209-211), 210.

<sup>73</sup> Loi du 14 juin 2002 de mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, *M.B.*, 14 août 2002.

Loi du 14 juin 2002 de mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, *M.B.*, 14 août 2002.

<sup>74</sup> Art. 417bis. : « Pour l'application de la présente section, l'on entend par : 1° torture : tout traitement inhumain délibéré qui provoque une douleur aiguë ou de très graves et cruelles souffrances, physiques ou mentales; 2° traitement inhumain : tout traitement par lequel de graves souffrances mentales ou physiques sont intentionnellement infligées à une personne, notamment dans le but d'obtenir d'elle des renseignements ou des aveux, de la punir, de faire pression sur elle ou d'intimider cette personne ou des tiers; 3° traitement dégradant : tout traitement qui cause à celui qui y est soumis, aux yeux d'autrui ou aux siens, une humiliation ou un avilissement graves ».

<sup>75</sup> Projet de loi de mise en conformité du droit belge avec la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, *Doc. Parl.*, Chambre, 200-2001, 14 août 2001 DOC 50 1387/001, 6-7

[qui] implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ». <sup>76</sup> Par contre, quelques mois plus tard dans la fameuse affaire *Bulger (T. c. Royaume-Uni, V. c. Royaume-Uni)* du 16 décembre 1999), dans laquelle deux garçons de 10 ans ont tué un enfant de 2 ans, la Cour montre beaucoup moins de « fermeté » à l'égard de la violation alléguée de l'article 3. La Cour devait examiner si le fait d'avoir tenu le requérant pour pénalement responsable des actes qu'il avait commis à l'âge de dix ans pouvait, en soi, emporter violation de l'article 3. Répondant par la négative, la Cour estime qu'il n'existe à ce jour aucune norme commune précise au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. <sup>77</sup> Ni le fait que le requérant « pénalement responsable » ait dû subir un procès public et fort médiatisé devant une *Crown Court*, en présence d'un public assez hostile, ni la circonstance que son nom soit divulgué après sa condamnation, n'enfreignent davantage l'article 3. La Cour va jusqu'à considérer qu'une condamnation à une peine d'une durée indéterminée n'est pas en contradiction avec l'article 3 de la Convention (infra).

Une opinion dissidente révèle que plusieurs juges de la Cour Européenne se sont opposés à l'analyse faite par la majorité à propos des violations alléguées de l'article 3. <sup>78</sup> A leur sens, l'imputation de la responsabilité pénale à des enfants de 10 ans, le procès 'adulte' et effrayant pour les enfants, et la peine de durée indéterminée, *considérés ensemble*, s'analyse en un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Selon les juges dissidents cette approche 'adulte' vis-à-vis d'enfants ne correspond pas davantage à la tendance européenne et internationale *manifeste*, établie par plusieurs instruments juridiques européens et internationaux, selon laquelle la responsabilité pénale *relative* s'applique à partir de l'âge de treize ou quatorze ans – avec une procédure devant des juridictions spéciales pour mineurs - et la *pleine* responsabilité pénale à partir de l'âge de dix-huit ans.

Sans vouloir analyser ici la force obligatoire et/ou morale de ces instruments internationaux (comme la Convention Internationale des Droits de l'Enfant), il nous semble clair que la Cour Européenne n'a pas saisi l'opportunité d'exclure en Europe la pleine responsabilité pénale des enfants de 10 ans. En excluant cette pleine responsabilité sur base de l'article 3 de la Convention, la Cour aurait donné un signal fort à l'encontre des tendances que connaissent différents pays européens de recourir à une pénalisation 'comme pour les adultes' des faits commis par des mineurs d'âge.

#### **4. Interdiction de l'esclavage et du travail forcé et le droit pénal matériel**

L'importance de l'article 4 de la CEDH pour le droit pénal est évidente. Dans sa quasi-totalité cet article vise le choix des peines par le législateur et le juge pénal :

- « 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.
2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

---

<sup>76</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, § 101.

<sup>77</sup> Cour eur. D.H., arrêt *T. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, § 72.

<sup>78</sup> Opinion en partie dissidente commune à M. Pastor Ridruejo, M. Ress, M. Makarczyk, Mme Tulkens et M. Butkevych, Cour eur. D.H., arrêt *T. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999.

3. N'est pas considéré comme "travail forcé ou obligatoire" au sens du présent article: a. tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle; b. tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire; c. tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté. d. tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales ».

L'article garde son caractère important et d'actualité et explique pourquoi, par exemple la peine de travail dans notre système de droit ne peut être infligée qu'avec le consentement de la personne concernée.<sup>79</sup>

## 5. Procès équitable, présomption d'innocence et le droit pénal matériel

L'article 6, par. 1 protège le droit à un procès pénal équitable dans un délai raisonnable, devant un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Ceci implique aussi l'accès à un tribunal, ainsi que, en matière pénale, le droit à la présomption d'innocence (article 6, par. 2) et les droits de la défense (article 6, par. 3). Apparemment cet article est sans importance pour le droit pénal en raison de son orientation sur le droit de la procédure pénale. En réalité cet article a joué un rôle important dans le débat autour de la nature et des contours de la peine. On se rappellera que la cour donne un sens autonome au termes clés utilisés dans l'article ('de toute accusation en matière pénale'), grâce auquel le champ d'application de l'article 6 s'étend et englobe toutes les sanctions administratives et disciplinaires.<sup>80</sup> L'importance de cette jurisprudence, qui doit être combinée avec la jurisprudence courageuse de notre Cour d'Arbitrage fondée sur les articles 10 et 11 de la constitution (égalité et non-discrimination),<sup>81</sup> pour une société qui cherche sans cesse à punir autrement et sans trop d'obstacles, est évidente.<sup>82</sup>

A part cette jurisprudence, il y a peu de droit pénal dans l'article 6 CEDH (comme dans l'article 5 CEDH qui est, lui aussi, d'ordre procédural). L'arrêt *Goktepe c. Belgique* du 2 juin 2005 montre néanmoins que des garanties procédurales peuvent exceptionnellement avoir une influence sur le droit pénal matériel. Dans l'arrêt la Cour s'oppose à la théorie de « l'emprunt matériel de criminalité », consistant à imputer automatiquement à tous les participants à une infraction principale les circonstances aggravantes ayant accompagné cette infraction.<sup>83</sup> En l'espèce, Goktepe a été déclaré coupable non seulement pour le fait principal de vol - ce qu'il ne conteste pas d'ailleurs - mais aussi pour les violences et l'homicide de la victime, circonstances aggravantes qui ont accompagné le vol, mais auxquelles l'accusé niait toute

<sup>79</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 376-378 avec réf.

<sup>80</sup> Cf. Fr. TULKENS & M. VAN DE KERCHOVE, « La nature et les contours de la peine. Regards croisés sur la jurisprudence interne et internationale », *Liber amicorum G. Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, 454 et s. ; B. DE SMET, J. LATHOUWERS & K. RIMANQUE, 'Artikel 6 § 1' in J.VANDE LANOTTE & Y. HAECK (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, 411 et s.

<sup>81</sup> Voir C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 372.

<sup>82</sup> Comp. avec C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 358.

<sup>83</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Goktepe c. Belgique* du 2 juin 2005. Sur cette arrêt lire C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 330-333.

participation personnelle. Après avoir constaté que, malgré la demande du requérant, les questions posées au jury des assises quant à l'existence de circonstances aggravantes objectives n'avaient pas été individualisées, la Cour déclare que « (l)e fait qu'une juridiction n'ait pas égard à des arguments portant sur un point essentiel et entraînant des conséquences aussi sévères doit passer pour incompatible avec le respect du contradictoire qui est au cœur de la notion de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention ». La Cour ajoute qu'elle « ne saurait suivre le Gouvernement lorsqu'il fait valoir que l'automatisme résultant de l'application de la théorie de « l'emprunt matériel de criminalité » peut être corrigé au moment de la détermination de la peine à infliger (...) ». Selon la Cour, « (c)ela reviendrait à inverser le « processus séquentiel » de la condamnation pénale». En plus, « l'accusé aura malgré tout en pareil cas été formellement déclaré coupable d'une infraction aggravée (...) ». Bref, « le requérant n'a pas eu la possibilité d'exercer ses droits de défense d'une manière concrète et effective, ou à tout le moins en temps utile, sur un point déterminant. Partant il n'a pas bénéficié d'un procès équitable, au mépris de l'article 6, §1 de la Convention ».<sup>84</sup>

L'arrêt *Goktepe c. Belgique* nous enseigne qu'un système d'imputabilité automatique des circonstances aggravantes objectives est contraire aux exigences du procès équitable. Un droit pénal conforme à la CEDH doit donc être individualisé et basé sur la vraie responsabilité de l'auteur. La Cour a estimé toutefois dans *Goktepe* qu'il n'y avait pas lieu d'examiner séparément le grief du requérant sur la violation de l'article 6, §2 de la Convention (la présomption d'innocence). Il s'agit peut-être d'une opportunité manquée d'adopter une position plus claire sur la question de la 'responsabilité objective'. Dans l'arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, la Cour Européenne n'avait pas été persuadée qu'en imposant *certaines* présomptions de culpabilité, l'incrimination en question enfreignait l'article 6, §2 de la Convention et la présomption d'innocence. Certains auteurs déduisent de *Salabiaku* qu'un droit pénal qui punit des personnes sans rapport avec des comportements incriminés est en violation avec les droits de l'homme,<sup>85</sup> mais il reste un certain doute que la Cour aurait pu, et à notre avis aurait dû, résoudre dans l'affaire *Goktepe*.<sup>86</sup>

## 6. Légalité des incriminations et le droit pénal matériel

« Pas de crime ni peine sans loi qui définit l'infraction et fixe la sanction ». Le principe de légalité des incriminations et des peines, consacré par l'article 7 CEDH est d'une importance sans égale pour le droit pénal. Ceci n'est pas du à la longueur de l'article en question,<sup>87</sup> mais à l'importance de ce principe qui, dans le droit pénal matériel belge, est le point de départ de plusieurs chapitres de base (la non rétroactivité, la proportionnalité et l'interprétation stricte du

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 29-31.

<sup>85</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 264 avec réf.

<sup>86</sup> « Dans cette affaire, « le système d'imputation automatique (...) va nettement plus loin » que dans *Salabiaku*, « puisqu'en l'occurrence, la charge de la preuve de la culpabilité individuelle de chacun des accusés par rapport à ces circonstances aggravantes est totalement supprimée » (Cour eur. D.H., arrêt *Goktepe c. Belgique* du 2 juin 2005, § 32).

<sup>87</sup> « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

droit pénal) qui ensemble contribuent au développement d'un droit pénal humaniste.

Le caractère succinct de l'article 7 de la CEDH ne permet pas d'assumer automatiquement que tous ces corollaires sont 'couverts' par la Convention et beaucoup de questions doivent encore être résolues.<sup>88</sup> La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler, ou mieux de reconnaître, que le principe de légalité des délits et des peines interdit que le droit pénal soit interprété extensivement au détriment de l'accusé, par exemple par analogie.<sup>89</sup> Le principe de la *rétroactivité in mitius* a déjà été reconnu comme corollaire du principe de la légalité, ce qui ne surprend pas vu son inclusion explicite dans plusieurs textes internationaux sur les droits de l'homme.<sup>90</sup> Mais Tulkens montre bien que le doute persiste dans la jurisprudence de la Cour, ce qui ne permet pas de dire que l'obligation de faire rétroagir la loi pénale la plus douce est un droit conventionnellement garanti.<sup>91</sup>

La prohibition de la rétroactivité des peines plus sévères est aussi couverte par l'article 7. La jurisprudence en témoigne,<sup>92</sup> mais la mise en œuvre de cette interdiction soulève des problèmes en Europe comme en Belgique, parce que les peines se laissent parfois comparer avec beaucoup de difficultés et beaucoup de questions restent encore ouvertes.

Le principe de légalité des incriminations et des peines, consacré par l'article 7, est souvent présenté comme un droit qui ne souffre pas d'exception ni de dérogation.<sup>93</sup> Certains arrêts de la Cour donnent néanmoins une impression plus mitigée. Dans l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* la Cour avait rappelé avec fermeté « qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de façon flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7, §1 de la Convention ». <sup>94</sup> La Cour avait ajouté « que les requérants qui (...) avaient créé l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection (...) de la Convention. ». <sup>95</sup> Cela peut sembler *juste*... Néanmoins une question fondamentale doit être posée : les droits de l'homme ne comptent-ils pas pour tous les individus? Les droits de l'homme sont d'ailleurs presque toujours formulés de façon générale et sans exception (cf. l'article 7 de la Convention : « Nul ne peut (...) »).

---

<sup>88</sup> F. TULKENS, 'Les relations paradoxales entre le droit pénal et les droits de l'homme', leçon du 8 décembre 2006, VUB leerstoel 2006-2007.

<sup>89</sup> Voir par exemple Cour eur. D.H., arrêt Coëme et autres c. Belgique, du 22 juin 2000, § 145.

<sup>90</sup> Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 15), la Convention américaine des droits de l'homme (art. 9), la Charte arabe des droits de l'homme (art. 6) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 (art. 49).

<sup>91</sup> Tulkens fait référence à la jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme et à la décision *Hajiyev c. Azerbaïdjan* du 16 juin 2005 qui laisse la question ouverte. Voir également M. CROMHEECKE & F. DHONT, 'Artikel 7. Geen Straf zonder Wet' dans J. VANDE LANOTTE & Y. HAECK (éds.), *o.c.*, 659.

<sup>92</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Hummatov c. Azerbaïdjan* du 18 mai 2006.

<sup>93</sup> F. TULKENS, 'La Convention européenne des droits de l'homme. Les développements récents de la Cour européenne des droits de l'homme', leçon inaugurale du 10 novembre 2006, VUB leerstoel 2006-2007.

<sup>94</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, §87.

<sup>95</sup> *Ibid.*, §88.

La question se pose encore à l'analyse des arrêts *C.R. c. Royaume Uni* et *S.W. c. Royaume Uni*.<sup>96</sup> La Cour y conclut que l'article 7 n'empêche pas que les juges britanniques refusent d'appliquer un vieux principe de *common law* – questionnable il est vrai – selon lequel l'époux ne peut être coupable d'un viol sur sa femme légitime. Selon la Cour Européenne, la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. Dès lors, on ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention « comme proscrivant la clarification graduelle des règles de responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible. ».<sup>97</sup> De surcroît, il est clair pour la Cour que « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines ».<sup>98</sup>

Une fois de plus, on comprend parfaitement les sentiments de justice qui sont à la base de ces arrêts. La question qui demeure est celle de la force reconnue au principe de légalité et de *prévisibilité* consacré par l'article 7. Après tout, quelles incriminations non clairement prévues par loi sont « raisonnablement prévisibles » ? Le principe de légalité n'a-t-il justement pas le but d'éviter ce genre de questions ?

## 7. Les droits substantiels et le droit pénal matériel

### ***Droit à la vie privée***

En ce qui concerne l'article 8 et le droit à la vie privée, la Cour Européenne a déjà limité le *droit pénal matériel* des Etats membres qui incriminaient de façon trop vigoureuse la vie sexuelle de leurs citoyens. Dans l'arrêt *Norris c. Irlande* où le requérant 'homosexuel' se sent victime des lois pénales Irlandaises concernant l'incrimination de l'acte d'homosexualité entre hommes consentants, la Cour décide que « (p)ar son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (...) au sens de l'article 8 par. 1 ».<sup>99</sup> Au surplus, la Cour estime impossible d'affirmer qu'un "besoin social impérieux" commande, en Irlande, d'ériger de tels actes en infractions pénales. A propos plus particulièrement de la proportionnalité, la Cour constate que "les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent (...) sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur". Partant, les motifs avancés pour justifier l'ingérence relevée ne suffisent pas à répondre aux exigences du paragraphe 2 de l'article 8 (article 8-2), de sorte qu'il y a violation de ce dernier.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Lire sur ses jugements P. DE HERT, 'Liefde en mensenrechten. Europese rechtspraak', in K. RAES (éd.), *Liefde's onrecht*, Gant, Mys en Breesch, 1998, 78-103.

<sup>97</sup> Cour eur. D.H., arrêt *C.R. c. Royaume Uni* du 22 novembre 1995, § 34 et Cour eur. D.H., arrêt *S.W. c. Royaume Uni* du 22 novembre 1995, §36.

<sup>98</sup> Cour eur. D.H., arrêt *C.R. c. Royaume Uni* du 22 novembre 1995, § 42 et Cour eur. D.H., arrêt *S.W. c. Royaume Uni* du 22 novembre 1995, § 44.

<sup>99</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, § 38.

<sup>100</sup> *Ibid.*, §46-47.

Par contre, dans l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* où les deux requérants avaient été pénalement poursuivi et condamné suite à des actes de sadomasochisme, la Cour estime qu'il n'y a pas, en l'espèce, de violation de l'article 8. La Cour déclare pourtant d'abord que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité.<sup>101</sup> En l'espèce, la Cour trouve que ces raisons particulièrement graves sont présentes, vu les lésions de la victime, la continuation des actes sadomasochistes quand la victime usait des mots qui, dans les conventions sadomasochistes, impliquait l'arrêt de tout acte sadomasochiste et le manque de contrôle des requérants pendant leurs actes sadomasochistes à cause de l'abus d'alcool.

### ***Religion et la parole libre***

Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9) et la liberté d'expression (article 10) n'ont, comme le droit à la protection de la vie privée (article 8), rien à voir avec le droit pénal pour autant que le législateur ne crée pas d'incriminations qui limiteraient ces droits. Ainsi la Convention s'oppose à des incriminations mettant un poids disproportionné sur la liberté de religion.<sup>102</sup> Dans la sphère de l'article 10 CEDH il y a le jugement *Muller c. Suisse* dans lequel la Cour considère qu'une confiscation d'un œuvre d'art viole le droit garanti par l'article 10.<sup>103</sup> On peut aussi faire référence à des cas connus comme *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande*<sup>104</sup> ou des thèmes comme le négationnisme.<sup>105</sup>

Dans une autre contribution nous avons montré combien la liberté d'expression est chère à la Cour qui la reconnaît comme fondement d'une société démocratique.<sup>106</sup> Le droit pénal humaniste que nous défendons ici ne peut pas être mieux illustré qu'avec la jurisprudence de la Cour concernant l'application de l'article 10 de la Convention dans des conflits autour des procédures juridiques. Dans l'arrêt *Du Roy et Malaurie c. France* du 3 octobre 2000 par exemple, où des juges nationaux avaient condamné un directeur de presse et un journaliste pour publication d'informations relatives à des constitutions de partie civile, la Cour conclut à une violation de l'article 10, §1.<sup>107</sup> Même si ce délit était prévu et réprimé par la loi française pour protéger la présomption d'innocence des personnes poursuivies et non encore condamnées suite à des constitutions de partie civile, la Cour refusa d'accepter que cette interdiction de publication « générale et absolue visant tout type d'information », fut nécessaire dans une société démocratique.<sup>108</sup> Dans l'affaire *Weber c. Suisse* la Cour estime qu'une condamnation à une amende

<sup>101</sup> Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, § 84. A l'opposition de l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997 dans lequel la Cour concluait aussi à la non violation de l'article 8 dans une affaire de sadomasochisme, la Cour formule cette fois-ci clairement le principe de la non-intervention de l'Etat dans le domaine de pratiques sexuelles consenties et l'exception des « raisons particulièrement graves ».

<sup>102</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Manoussakis e.a. c. Grèce* du 26 septembre 1996

<sup>103</sup> Cour eur. D.H., arrêt *MULLER e.a. c. la Suisse* du 24 mai 1988.

<sup>104</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande* du 29 octobre 1992 Dans cette affaire la Cour trouvait une violation de l'article 10 dans la prohibition de communiquer de l'information sur l'avortement.

<sup>105</sup> P. WACHSMANN, 'Liberté d'expression et négationnisme', *Rev. trim. D.H.* 2001,585-599..

<sup>106</sup> P. DE HERT & S. GUTWIRTH, 'Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht?', *I.c.*, 141-175.

<sup>107</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Du Roy et Malaurie c. France* du 3 octobre 2000, §35.

d'un journaliste qui a violé le secret de l'enquête préliminaire ne répondait pas au principe de la proportionnalité.<sup>109</sup> Dans l'affaire *Saday c. Turquie* le requérant alléguait la violation, à plusieurs égards, de l'article 10 de la Convention. Il était poursuivi en vertu de l'article 146 § 1 du code pénal pour avoir voulu mettre en péril le régime constitutionnel de la République de Turquie. Ne niant pas avoir été en liaison avec une organisation illégale, le requérant défendit, pour l'essentiel, la légitimité de sa conviction politique. Une partie de son intervention concernait le système judiciaire turc et, plus particulièrement, l'existence et la pratique des cours de sûreté de l'État. La cour Turque estimait qu'il tenait des propos « inconvenants » et le condamnait pour outrage. La Cour européenne accepta que le requérant ait tenu des propos particulièrement acerbes dans sa plaidoirie et que le tribunal imposa une sanction. Elle trouva néanmoins une violation de l'article 10 CEDH dans la lourdeur et la gravité de la peine encourue, à savoir l'isolement cellulaire pour les deux premiers mois. Cette peine apparut comme disproportionnée par rapport aux buts visés et dès lors, non « nécessaire dans une société démocratique ».<sup>110</sup>

Nous voyons ici que la Cour ne limite pas son travail à une analyse de la nature des sanctions imposées, mais évalue aussi la lourdeur des peines infligées lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence.<sup>111</sup> Ceci dit, les limites aux incriminations que retient la Cour sur base de l'article 10, ne semblent pas uniformes et témoignent plutôt d'une approche au *cas par cas*. Dans l'arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* du 17 décembre 2004 où les requérants (journalistes) étaient condamnés pour insulte et calomnie envers un juge, la Cour ne retint pas de violation de l'article 10, §1.<sup>112</sup> L'argument des requérants que « la « vérité journalistique » tend à une information rapide de l'opinion publique sur une question d'intérêt général, se distinguant ainsi de la « vérité judiciaire », établie par les tribunaux nationaux, qui vise à entraîner la responsabilité des auteurs de faits prohibés par la loi », n'est pas retenu par la Cour.<sup>113</sup>

### III. Freiner "la punitivité" : que fait Strasbourg pour encadrer le juge pénal et ses corollaires

---

<sup>108</sup> De plus, la Cour remarqua que cette ingérence à la liberté d'expression ne concerne que les procédures pénales ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile à l'exclusion de celles ouvertes sur réquisition du parquet ou sur plainte simple. Or, selon la Cour, « une telle différence de traitement du droit à l'information ne semble pas fondée sur aucune raison objective, alors qu'elle entrave de manière totale le droit pour la presse d'informer le public sur des sujets qui (...) peuvent être d'intérêt public, ce qui était le cas ici (...) » (*Ibid.*, §35). Dès lors la Cour conclut que la condamnation des requérants « ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionnée à la poursuite des buts légitimes visés, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse » (*Ibid.*, § 37).

<sup>109</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Weber c. Suisse* du 22 mai 1990.

<sup>110</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Saday c. Turquie* du 30 mars 2006. § 37

<sup>111</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Saday c. Turquie* du 30 mars 2006. § 36.

<sup>112</sup> La Cour constata d'abord que les journalistes avaient traité d'un sujet d'intérêt général, en l'occurrence sur des malversations d'élus locaux et de fonctionnaires publics, sur base de documents fiables. Cependant, la Cour ne put accepter la caricature faite par les journalistes d'une juge qui, à leur estime, était impliquée dans l'affaire. Selon la Cour, le fait de mettre directement en cause des personnes déterminées, en indiquant leurs noms et leurs fonctions, implique de fournir « une base factuelle suffisante ». En l'espèce, la Cour n'est pas convaincue que les documents invoqués par les journalistes étaient suffisamment probant pour affirmer la complicité de la juge dans l'affaire (Cour eur. D.H., arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* du 17 décembre 2004, § 101).

<sup>113</sup> En l'espèce la Cour a constaté que les requérants étaient restés en défaut, à tous les stades de la procédure devant les juridictions nationales, de produire des éléments de preuve susceptibles d'étayer leurs allégations ou, au moins, « de leur fournir une base factuelle suffisante » (*Ibid.*, § 104).

## 1. Introduction

Incriminations *et* peines font l'objet des développements punitifs. Au niveau des peines, la montée de l'Etat pénal se caractérise par un recours accru à la détention provisoire et à de (longues) peines de prisons et par des restrictions sur les libérations anticipées (politique pénale « expansionniste »). Ceci résulte souvent en une surpopulation des prisons. Aux Etats-Unis, s'y ajoutent une application croissante de la peine de mort et le recours à des peines humiliantes et « expressives ». Ce travail du juge est précédé et complété par le travail du magistrat instructeur et le travail du responsable pénitentiaire. A l'intérieur des prisons, les régimes deviennent plus restrictifs ou sécuritaires, les droits des détenus sont limités. Discuter des politiques pénitentiaires et de l'ensemble des droits des détenus nous emmènerait trop loin. Nous nous concentrerons ici sur la question de savoir si la jurisprudence de la Cour offre un bouclier par rapport à une surpénalisation au niveau des politiques pénales, plus particulièrement par le biais des articles 3 et 5. En effet, l'article 3 stipule que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des *peines* ou traitements inhumains ou dégradants », alors que l'article 5 détermine les conditions sous lesquelles une *privation de liberté* peut être considérée comme *légitime*.

## 2. Surpopulation carcérale, droits des détenus et droits de l'homme

Nous avons déjà souligné l'importance de *Selmouni* dans le Chapitre II. La Cour y souligne que la Convention est un instrument dynamique, dont l'interprétation doit s'adapter aux nouvelles réalités ou sensibilités. Se rendant de plus en plus compte de la nécessité de protéger les citoyens contre le risque de sévices sérieux infligés lors de gardes à vue ou de privations de liberté, des traitements qui auraient précédemment été considérés comme inhumain ou dégradant sont maintenant reformulés en torture. La protection par l'article 3 est donc *renforcée*. Nous pouvons sans doute déceler ici l'influence du CPT (Comité Européen pour la Prévention de la Torture), qui depuis 1989 constate que tous les pays d'Europe connaissent des problèmes de traitement inhumains et dégradants, et spécialement au niveau de l'arrestation et la détention par la police.

Cette influence devient d'ailleurs manifeste dans de nombreux jugements concernant l'article 3 et la situation dans les prisons Européennes. Ainsi, nous voyons un revirement important de la jurisprudence de la Cour par rapport à la surpopulation carcérale. Jusqu'en 2001, la Cour estima que si la surpopulation n'est point désirable, elle ne constitue pas en soi une violation de l'article 3 puisqu'il n'y a pas desir délibéré d'imposer une peine humiliante. Depuis *Dougoz* (2001), la surpopulation peut en elle-même constituer une violation de l'article 3 et l'absence d'une intention d'humilier n'exclut plus cette violation.<sup>114</sup> Nous savons quelle a été l'influence des rapports et des standards du CPT sur ce revirement de la jurisprudence. Puisque la surpopulation carcérale est une des conséquences de la surpénalisation, nous pouvons considérer que la Cour apporte ici également un bouclier contre l'accroissement sans limite des populations pénitentiaires.

---

<sup>114</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Dougoz* c. Grèce du 6 mars 2001.

Plus généralement, nous voyons un nombre accru de recours à l'article 3 par des détenus couronnés de succès, ainsi qu'un renforcement de la protection des droits fondamentaux des détenus contre une surpénalisation ou sur-sécurisation au sein des prisons.<sup>115</sup> Ceci nous amène à croire que la Cour, même si elle a toujours accepté le caractère humiliant inhérent à toute peine, refuserait le type de peine que connaissent les Etats-Unis tels que les *chain gangs*.

### 3. Droits de l'homme et la proportionnalité de la peine

La question de la détermination de la peine adéquate (*sentencing*) est largement réservée aux législations et juges nationaux. La Cour décida dès les années 70-80, qu'une violation de l'article 3 pourrait résulter d'une peine injustifiée ou disproportionnelle, mais que la longueur de la peine en elle-même ne constituerait que rarement une violation. Ainsi, le châtement corporel judiciaire fut considéré comme contraire à l'article 3,<sup>116</sup> mais le caractère inhumain ou dégradant d'une peine de prison doit être évalué par rapport à l'âge, le sexe et la santé du plaignant.

Il semble qu'aujourd'hui la Cour veuille s'avancer plus – quoique avec prudence – sur le contrôle de la proportionnalité des peines. Ainsi, dans *Weeks*<sup>117</sup> la Cour estima qu'une condamnation à perpétuité d'un jeune de 17 ans pour un vol à main armée avec un pistolet non armé aurait pu constituer une violation de l'article 3 si cette peine avait été imposée sur une base purement punitive. Dans le cas précis, la violation ne fût pas retenue parce que le juge avait imposé la peine en référence à la dangerosité de l'auteur de l'infraction et parce qu'elle permettait en réalité une libération plus rapide que si une peine à durée déterminée avait été imposée. Les défenseurs du 'just desert' y verront sans nul doute un nouvel argument contre la disproportionnalité qui résulte d'une défense sociale sans lien avec le délit commis.

Dans l'affaire *Bulger* (ci-dessus, Chapitre II) la Cour dû se prononcer sur la question de savoir si une privation de liberté à durée indéterminée imposée à un mineur d'âge pour un meurtre commis lorsqu'il avait 10 ans, était contraire à l'article 3. Le requérant se trouvait à ce moment en détention depuis six ans. La Cour accepta que les Etats membres aient le devoir sous la Convention de protéger le public contre des crimes violents. Elle estima que, tenant compte de toutes les circonstances du cas, de l'âge du requérant et des conditions de détention, une période de détention punitive de six ans ne pouvait pas être considérée comme inhumaine ou dégradante. En se référant à la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant et les Beijing Rules, la Cour estima cependant qu'une détention à vie d'un mineur d'âge sans possibilité de libération anticipée pourrait poser problème sur base de l'article 3. Un avis similaire fut rendu par rapport à une détention à perpétuité sans possibilité de libération pour adultes.<sup>118</sup> Une condamnation à perpétuité imposée pour des

---

<sup>115</sup> Voir par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Van de Ven c. les Pays-Bas* du 4 février 2003 concernant les fouilles à nu journalières dans un régime de sécurité renforcé, considérés comme injustifiées et dégradantes.

<sup>116</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978

<sup>117</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Weeks c. Royaume-Uni* du 2 mars 1987

<sup>118</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Einhorn c. France* du 16 octobre 2001

délits très sérieux n'est cependant pas considérée en elle-même contraire à l'article 3 de la CEDH.<sup>119</sup>

#### 4. La détention provisoire comme peine anticipée ?

En prévoyant que « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants (énoncé sous 5.1) et selon les voies légales » l'article 5 de la CEDH se réfère aux législations nationales : la privation de liberté doit être en accord avec les dispositions substantielles et procédurales dans ces législations. Cependant, le droit à la liberté étant la norme, les restrictions doivent être exceptionnelles et respecter les principes de légalité, légitimité et proportionnalité. Ainsi, une détention devient illégitime lorsqu'il n'y pas de lien entre l'objectif et l'endroit ou le régime de la détention.

Dans *Bouamar*, concernant neuf placements consécutifs d'un mineur dans une maison d'arrêt, la Cour jugea que « l'art. 5-1-d n'empêche pas une mesure provisoire de garde qui serve de préliminaire à un régime d'éducation surveillée sans en revêtir elle-même le caractère. Encore faut-il, dans cette hypothèse, que l'emprisonnement débouche à bref délai sur l'application effective d'un tel régime dans un milieu spécialisé - ouvert ou fermé - qui jouisse de ressources suffisantes correspondant à sa finalité. En l'espèce, le requérant a fait l'objet d'une sorte de "navette" entre la maison d'arrêt de Lantin et sa famille.<sup>120</sup> La Cour conclut à une violation de l'article 5.1. Dans *Aerts* la Cour conclut de façon unanime que la privation de liberté d'un délinquant malade mental ne peut être légitime que si la détention est exécutée dans un hôpital ou une autre institution adéquate. L'absence de traitement psychiatrique adéquat dans une prison pendant 9 mois pour un délinquant présentant des troubles mentaux sérieux et interné pour une durée indéterminée rend cette détention illégitime.<sup>121</sup>

La fréquence ou la durée de la détention peuvent être un élément de l'appréciation par la Cour : les 119 jours de détention en 9 mesures consécutives pour *Bouamar*, les 9 mois de détention sans traitement adéquat pour *Aerts* ont également joué, mais en interaction avec les conditions de détention. En général pourtant, la Cour estime que l'article 5.1 ne lui permet pas de vérifier l'opportunité concrète d'une sanction imposée au niveau du *sentencing*.<sup>122</sup> La durée d'une peine en elle-même ne fera que rarement l'objet d'une décision de la Cour. Cependant, dans *Stafford* la Cour précise qu'il ne suffit pas de vérifier si la détention est légale par rapport à la législation nationale.<sup>123</sup> Dans le cas échéant, un détenu, condamné à perpétuité pour meurtre, avait été libéré sous conditions puis réincarcéré pour délit de fraude. Le Ministre refusait de le libérer à la fin de la peine imposée pour fraude en 1997, et ce en se référant à la condamnation à perpétuité pour meurtre de 1967. La Cour estime qu'une condamnation à perpétuité, même obligatoire, ne signifie pas nécessairement

<sup>119</sup> Cour eur. D.H., arrêt Sawoniuk c. Royaume-Uni du 29 mai 2001

<sup>120</sup> « Rien qu'en 1980, les juridictions de la jeunesse l'ont par neuf fois envoyé en détention, puis libéré à ou avant l'expiration du délai légal de quinze jours; il a ainsi subi, au total, 119 jours de privation de liberté au cours de la période de 291 jours. (...) Le placement d'un mineur dans une maison d'arrêt, en régime d'isolement virtuel et sans l'assistance d'un personnel qualifié, ne saurait être considéré comme tendant à un but éducatif quelconque » (Cour eur. D.H., arrêt *Bouamar* c. Belgique du 27 juin 1988, §§ 50-51).

<sup>121</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Aerts* c. Belgique du 30 juillet 1998.

<sup>122</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Weeks* c. Royaume-Uni du 2 mars 1987, § 50.

<sup>123</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Stafford* c. Royaume-Uni du 28 mai 2002, § 64.

une condamnation à vie. Mais le manque de lien de causalité entre le risque de nouveaux délits non-violents et la condamnation antérieure pour meurtre ne s'accorde pas avec l'esprit de la Convention, qui met l'accent sur la protection contre des décisions arbitraires.<sup>124</sup>

Dans le cadre du lien entre surpénalisation et « punitivité populiste », il est également intéressant de lire dans *Stafford* que la Cour refuse d'accepter l'opinion publique comme facteur pouvant influencer une décision de libération anticipée d'un détenu qui a servi la proportion requise de sa peine et ne constitue pas un danger pour le public.<sup>125</sup> Ceci nous rappelle l'arrêt *Bulger* dans lequel la Cour estime que tenir compte d'une opinion publique qui exigerait des peines sévères dans un cas précis serait contraire à l'article 6 et à l'indépendance du juge. Par contre, en ce qui concerne la détention provisoire, la Cour semble se focaliser plus sur la présence de garanties procédurales, tels que le droit à un recours judiciaire contre la privation de liberté, que sur la légitimité de la détention.<sup>126</sup>

## 5. La privation de liberté compatible avec les droits de l'homme ?

Reste la question de la privation de liberté comme sanction ultime dans une Europe pénale où tous les pays ont d'une part aboli la peine de mort et d'autre part connaissent des sanctions dites « alternatives », non privatives de liberté. Dans *Bouchet*, la Cour eut à se prononcer sur la légitimité d'une détention provisoire de 17 mois, imposée à un suspect pour viol de son amie, dont il fut acquitté par la suite. La décision du juge d'instruction de relâcher le suspect sous contrôle judiciaire après 2.5 mois avait été réformé sur appel du ministère public, malgré les arguments du juge que le contrôle judiciaire pouvait atteindre les mêmes buts que la détention, et malgré le rapport d'un expert psychiatre démontrant qu'une détention serait néfaste pour la santé psychologique du détenu. La Cour estima que la détention était justifiée par la gravité des faits, l'état psychologique du suspect et la vulnérabilité de la victime.<sup>127</sup>

Comme Mme Tulkens dans son opinion dissidente,<sup>128</sup> la décision de la Cour dans *Bouchet* nous semble contraire à une application rigoureuse du principe de la proportionnalité. Nous avons montré à maintes reprises qu'on peut distinguer plusieurs critères de proportionnalité dans la pratique de la Cour, qui vont d'un test souple où la discrétion pour les états membres de limiter les

<sup>124</sup> La détention du plaignant après exécution de sa peine pour fraude est dès lors considérée comme violant l'article 5.1. Il nous semble que le manque de relation causale est aussi lié à la disproportion entre la condamnation pour délit de fraude et l'emprisonnement à perpétuité qui résultait de facto de la décision du Ministre

<sup>125</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002, § 82.

<sup>126</sup> Voir par ex. Cour eur. D.H., arrêt *Erdem c. Allemagne* du 5 juillet 2001

<sup>127</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bouchet c. France* du 20 mars 2001, § 48.

<sup>128</sup> Dans une opinion dissidente sous l'arrêt *Bouchet*, Mme Tulkens (et deux autres juges) argumenta que « la décision de maintenir en détention s'appuie sur l'insuffisance du contrôle judiciaire au regard des nécessités de l'instruction. Il est dès lors nécessaire d'examiner si le refus par la chambre d'accusation d'entériner le choix du juge d'instruction en faveur du contrôle judiciaire, lequel offrait une alternative à la détention, s'est avéré fondé au regard des objectifs poursuivis. Dans ces conditions, nous pensons que les risques invoqués auraient dû être concrètement examinés par rapport aux garanties qu'offrait le contrôle judiciaire. De nature préventive ou curative, la mesure de contrôle judiciaire aurait pu concerner non seulement le requérant, en lui assurant surveillance et assistance (obligation de soin), mais également la victime dont les intérêts doivent évidemment être sauvegardés. Nous pensons qu'il convient d'examiner la légalité de la détention provisoire en tenant compte de l'ensemble des options disponibles pour l'État qui doit choisir la voie la moins restrictive pour les droits de l'inculpé. Le droit à la liberté et à la sûreté garanti, dans une société démocratique, par l'article 5 de la Convention revient à admettre seulement les privations de liberté strictement nécessaires. »

droits protégés par la Convention est large, à un test strict où cette discrétion est très restreinte.<sup>129</sup> En règle générale, la Cour applique un test souple dans la sphère de l'article 8 (simple proportionnalité) et un test strict dans la sphère de l'article 10 de la Convention (proportionnalité renforcée).<sup>130</sup> On pourrait s'opposer à l'existence même de différents critères de proportionnalité, puisque le texte de la Convention prévoit pour les droits incorporés dans les articles 8 à 11 (la vie privée ou familiale, la liberté d'expression, etc.) une structure presque identique. Il semble encore plus illogique que la Cour n'applique pas le test le plus strict dans des affaires concernant l'article 5 CEDH. Ceci revient à dire que le droit à la liberté est moins protégé par la jurisprudence de la Cour que la liberté d'expression, ce qui est contraire à la logique même de la Convention. En effet, le droit à la liberté est reconnu depuis longtemps comme un des droits les plus fondamentaux de la Convention, de nombreuses recherches scientifiques ont démontré les effets néfastes de l'emprisonnement et l'influence de la durée de la détention sur ces effets, et la privation de liberté amène automatiquement certaines restrictions aux libertés garanties aux articles 8 à 11. Nous estimons donc que toute décision concernant une privation de liberté (choix, durée, libération) devrait être examinée par le biais du test le plus strict et que seule l'intervention la moins restrictive pour les droits de l'homme devrait être considérée comme légitime<sup>131</sup>.

#### **IV. Conclusion : Pour un droit pénal constitutionnel au-delà de la CEDH**

##### **Général**

Le Chapitre III montre que la jurisprudence de la Cour apporte effectivement certaines restrictions à une pénalisation sans limites. Le refus de la peine de mort, des peines inhumaines ou dégradantes, de la surpopulation carcérale, de peines disproportionnelles sous l'article 3, des peines à perpétuité sans libération anticipée, du refus d'une libération conditionnelle pour des raisons de rétribution pure ou d'opinion publique, ce sont tous des éléments où la Convention Européenne des Droits de l'Homme peut servir de bouclier contre l'Etat pénal. L'exercice fait dans le Chapitre II, quoique pas totalement achevé,<sup>132</sup> nous permet de la même façon de nous accorder avec Van Den Wyngaert, qui constate que le législateur n'a pas carte blanche quand il s'agit de déterminer les incriminations. Au contraire, il doit tenir compte des

<sup>129</sup> Voir P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gant, Mys en Breesch Uitgeverij, 1998, 32-33 et 'Balancing security and liberty within the European human rights framework', in HOL, A.M. & VERVAELE, A.E. (éds.), *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, 37-76. Aussi P. DE HERT & S. GUTWIRTH, S., 'Grondrechten: vrijplaatsen voor het strafrecht?', *l.c.*, 141-176 et P. DE HERT & R. NEHMELMAN, "Privacy versus veiligheid. Een analyse van enkele projecten in de sfeer van de criminaliteitsbestrijding", in W.P.S. BIERENS, C.L.C RICHERT en P.G.S. VAN SCHIE (Red.), *Grondrechten Gewogen. Enkele constitutionele waarden in het actuele politieke debat*, La Haie, Telderstichting, 2006, 105-146.

<sup>130</sup> Cette analyse ne vaut pas toujours et il se peut que la Cour applique ce principe de proportionnalité d'une façon stricte dans des affaires concernant l'article 8 CEDH. Dans Cour eur. D.H., arrêt Hatton c. Royaume-Uni (2 octobre 2001, Grande Chambre 8 juillet 2003) concernant la protection de l'environnement et les vols de nuit, la Cour finalement conclut que le Gouvernement n'avait pas violé l'article 8, parce qu'il avait basé sa politique sur des recherches scientifiques démontrant que les vols de nuit n'étaient pas néfastes au sommeil de la majorité des habitants

<sup>131</sup> Voir pour une élaboration plus approfondie : S. SNACKEN, 'Bestrafing, vrijheidsbeneming en mensenrechten' in E. BREMS, e.a. (éd.), *Vrijheden en vrijheidsbeneming*, Antwerpen,-Oxford: Intersentia, 2005, 323-352, et 'A reductionist penal policy and European human rights standards', *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2006, à paraître.

<sup>132</sup> On pourrait continuer notre analyse jusqu'au dernier droit mentionné dans la Convention ou une des protocoles. Sur la comptabilité de certains confiscations et le droit au respect de la propriété (première protocole), lire J.A.E., VERVAELE, 'Les sanctions de confiscation en droit pénal. Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (Procédural) en droit néerlandais', *Rev.sc.cr.*, 1998, 39-56.

différents droits de l'homme et des interprétations données par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Dans son cours donné à la Vrije Universiteit Brussel en décembre 2006, Tulkens se réfère aux arrêtés *Du Roy et Malaurie* et *Cumpănă et Mazăre* (ci-dessus) pour montrer des indications très nettes de la résistance de la Cour européenne des droits de l'homme à l'endroit d'un usage excessif de la peine :

« Dans l'exercice classique de proportionnalité auquel elle se livre pour déterminer si une ingérence dans la liberté d'expression est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un des buts visés par l'article 10 § 2, la nature et la sévérité de la sanction infligée jouent un rôle non négligeable : la Cour insiste sur la subsidiarité du recours à la voie pénale et suggère une forme de retenue dans l'usage de celle-ci. Ainsi, dans l'arrêt *Du Roy et Malaurie c. France* du 3 octobre 2000, la Cour évoque expressément la possibilité de recours à d'autres mécanismes protecteurs des droits des personnes que des dispositions de nature pénale<sup>133</sup>. Dans l'arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie* du 17 décembre 2004, la Cour rappelle que « si la fixation des peines est en principe l'apanage des juridictions nationales, [elle] considère qu'une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine de la presse n'est compatible avec la liberté d'expression [...] que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme ce serait le cas, par exemple, en cas de diffusion d'un discours de haine ou d'incitation à la violence ». <sup>134</sup>

De façon générale, nous pouvons conclure sur base de notre étude que les droits de l'homme influencent le droit pénal matériel au sens large, tant au niveau des incriminations et du travail du juge que dans la phase d'exécution de la mesure ou de la peine. Le deuxième paragraphe de l'article 2 CEDH couvre quelques chapitres classiques du droit pénal comme la légitime défense et l'état de nécessité et l'approche de ces chapitres est d'un humanisme net. D'autres notions-clés du droit pénal, comme l'exigence de culpabilité et le devoir d'individualiser le droit pénal, ne sont pas mentionnés comme tel dans la Convention mais se retrouvent dans plusieurs jugements de la Cour.

### ***La vulnérabilité de la jurisprudence de la Cour***

Mais cela ne suffit pas. Deux réflexions nuancent cette conclusion optimiste des droits de l'homme servant de 'mauvaise conscience' du droit pénal contre les incriminations ou peines excessives.

*D'abord* il y a l'attitude de la Cour, parfois 'activiste', souvent pas. La jurisprudence de la Cour ne témoigne pas d'une approche 'bouclier' toujours parfaitement cohérente. Parfois la Cour fait montre d'une belle ouverture pour limiter les incriminations nationales (cf. l'arrêt *Norris* et l'homosexualité), parfois pas (cf. l'arrêt *Bulger* et la pleine responsabilité des enfants). Notamment en ce qui concerne le principe de proportionnalité des peines, nous avons vu que la Cour accepte des dérogations par référence à la dangerosité du délinquant et n'applique pas le principe avec la même rigueur à l'article 5

<sup>133</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Du Roy et Malaurie c. France* du 3 octobre 2000, § 36.

<sup>134</sup> F. TULKENS, 'Les relations paradoxales entre le droit pénal et les droits de l'homme', leçon du 8 décembre 2006, VUB leerstoel 2006-2007.

comparé aux articles 8-11. Lorsque nous comparons cette jurisprudence à d'autres instruments du Conseil de l'Europe, tels les rapports du CPT ou les Recommandations du Conseil des Ministres, nous voyons que la Cour reste plus restrictive. Une des raisons pour ces différences pourrait être l'influence plus importante de recherches pénologiques (critiques) sur les conclusions du CPT et autres comités d'experts. Cependant, il est clair que la Cour se réfère de plus en plus à ces autres instruments, même si ceux-ci ne sont pas légalement contraignants. En réaction, les Etats membres se préoccupent de plus en plus du texte exact de ces recommandations, et pourraient essayer dans le futur d'accroître l'influence politique sur le processus de création des textes.

*Ensuite*, on constate que, dans certaines affaires, la Cour n'hésite pas à invoquer la protection des droits de l'homme pour promouvoir une approche pénale... les droits de l'homme comme 'bonne conscience' du droit pénal. Cette tendance à utiliser le droit pénal à titre dissuasif semble plus marquée lorsque l'intégrité physique des victimes est en cause. D'ailleurs, on remarque qu'en légitimant ces incriminations « nécessaires », la Cour interprète les droits de l'homme des auteurs des faits d'une façon moins absolue. En insistant sur la nécessité de recourir à la répression pénale de certaines atteintes aux droits fondamentaux, la Cour ne s'approche-t-elle pas de la frontière du domaine politique du droit?

L'analyse des jugements de la CEDH démontre à nos yeux la vulnérabilité de cette jurisprudence comme garantie d'une humanisation et modération des politiques pénales en Europe. En effet, les compétences de la Cour restent assez restreintes à cet égard. Certains considèrent la CEDH comme une Cour constitutionnelle. Plus proche de la vérité est de considérer la Cour comme une institution avec (quelques) compétences constitutionnelles. Le traité n'est pas une constitution : il ne constitue pas la loi suprême dans tous les Etats-membres, l'incorporation du traité dans le droit national n'est pas automatique partout et diffère quant au niveau de la hiérarchie des lois. Aussi la Cour n'a pas le pouvoir d'annuler des lois. En plus, il y a la *subsidiarité* du mécanisme strasbourgeois par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme: elle contrôle la compatibilité des mesures nationales avec la CEDH. La Cour impose des standards minimums, mais elle n'a pas un plein pouvoir de jugement. Dans sa jurisprudence le respect de 'la marge d'appréciation nationale' est important. La CEDH est donc plus une Cour d'harmonisation que d'unification, et son activisme est souvent mal vu du point de vue national.

### ***Pauvreté au niveau du contenu.***

A cette image 'institutionnelle' s'ajoute, ensuite, une certaine pauvreté au niveau du contenu. L'héritage constitutionnel européen, même s'il a été fortement revitalisé après les horreurs de la seconde guerre mondiale, est en ce qui concerne le droit pénal, comparé avec le traitement constitutionnel du droit de procédure pénale, plutôt maigre.<sup>135</sup> Ainsi il n'y a pas d'énumération explicite des grands principes du droit pénal et certainement pas une référence à un droit pénal humaniste et restreint. Nous avons souvent

<sup>135</sup> Cf. DE HERT, P., 'Het internationaal strafhof en de keuze voor een sui generis strafprocedure' in S. GUTWIRTH & S. SMIS (eds), *De strafrechtelijke vervolging van ernstige schendingen van de mensenrechten*, ICM Jaarboek 1998-2000, Antwerpen, Maklu, 2002, 35-84; DE HERT P. & S. GUTWIRTH, 'Over de betekenis van strafprocedurele grondrechten in het post-Khan tijdperk' in A.H.E.C. JORDAANS, P.A.M. MEVIS & J. WÖRETSHOFFER (eds), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005, 213-232.

l'impression que beaucoup d'entre nous attendent le jour où la Cour aboutira à ce résultat. Mais il convient aussi de nous souvenir de l'exemple de la Cour Suprême aux Etats-Unis, qui démontre comment une protection accrue des droits de l'homme face à l'intervention pénale, élaborée par des juges 'activistes' pendant les années 1970 à 1980, fut tout aussi rapidement démantelée par après par les juges leur succédant.<sup>136</sup>

L'existence de la Convention européenne des droits de l'homme et le constat que la Cour a effectivement apportée certaines restrictions à une pénalisation sans limites, ne signifie aucunement qu'il faut en rester là. Nous plaidons dès lors pour une meilleure codification des principes généraux qui doivent garantir un droit pénal subsidiaire, modéré et proportionnel.<sup>137</sup> Cela demande à nos yeux au moins deux séries d'interventions.

*D'abord*, il faut continuer à freiner le législateur en proposant des droits qui protègent contre le pénal et ses peines. Pour la Convention, ceci pourrait se faire par le biais d'un Protocole additionnel. Rappelons l'exemple de l'interdiction de l'emprisonnement pour dette reconnue par le Protocole n° 4 à la Convention *reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*<sup>138</sup> et l'exemple des Protocoles n° 6 et 13 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort (*supra*). Un tel Protocole comporterait de nouveaux droits et interdictions de nature à mieux encadrer un droit pénal humaniste. Nous pensons notamment à une interdiction de toute condamnation à perpétuité<sup>139</sup> ou à une interdiction de l'emprisonnement subsidiaire qui remplace l'amende au détriment de la justice sociale.<sup>140</sup> Il y a sans doute maintes d'autres suggestions à faire pour cette entreprise de mieux encadrer le pouvoir pénal des démocraties réunies sous la Convention.

*Ensuite*, il faut poursuivre le projet initial conçu pendant le siècle des Lumières, qui avait pour ambition de constitutionaliser le droit pénal. Ceci permettrait de rendre mieux visible 'les enjeux du droit constitutionnel pénal'.<sup>141</sup> Nous pourrions à nouveau concevoir un Protocole à la Convention, cette fois ci stipulant les principes qui doivent régir l'élaboration et l'application des lois pénales. Si on se met d'accord sur la subsidiarité du recours à la voie pénale et sur une forme de retenue dans l'usage du pénal, pourquoi ne pas l'inscrire dans un texte qui constitutionalise ces principes ? Nous avons vu que la juge Tulkens se réfère aux arrêtés *Du Roy et Malaurie* et *Cumpănă et Mazăre* (ci-dessus) pour montrer que ces principes sont acquis. Est-ce vraiment le cas ? Nous ne le croyons pas. Les deux exemples cités sont tirés d'un registre spécifique bien protégé par la Cour et la Convention, celui de la

---

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Nous tenons à préciser que nous estimons que les droits de l'homme ne sont qu'un facteur parmi d'autres qui peuvent expliquer ou influencer la pénalité. De nombreuses études ont démontré l'influence de facteurs socio-économiques (démographie, inégalité sociale) et politiques (« punitivité populiste », opinion publique, médias), mais ceci n'est pas l'objet de cet article.

<sup>138</sup> Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, Strasbourg, 16 septembre 1963. Article 1. « Nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle ».

<sup>139</sup> Nous avons vu qu'une condamnation à perpétuité imposée pour des délits très sérieux n'est pas considérée en elle-même contraire à l'article 3 de la CEDH. Voir à ce sujet aussi C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 365.

<sup>140</sup> Voir à ce sujet C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 370-371.

<sup>141</sup> R. VERDUSSEN, R., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, (845 p.), 687-787.

liberté d'expression (article 10). Nous plaillons pour des principes qui valent pour tout le droit pénal, pas seulement pour le droit pénal qui touche quelques droits spécifiques comme la liberté d'expression. Si nous voulons la modération dans le chef de tous les acteurs pénaux et dans tous les cas, donc au-delà des cas protégés par le système actuel de protection des droits fondamentaux, il nous faut des principes qui répondent à cette ambition. Une bonne indication d'un début de ce projet est donnée par la Constitution de l'Union Européenne qui a été approuvée par une majorité des pays européens. Nous sommes particulièrement satisfait de la façon dont ce texte reprend les principes de la légalité, la non rétroactivité et la proportionnalité des peines dans l'article II-109 et nous voudrions bien le réitérer dans un Protocole à la Convention. Le troisième paragraphe, éventuellement enrichi pour mieux encadrer le pouvoir incriminant et punitif, nous semble emblématique pour le projet d'un droit pénal humaniste à achever.

ARTICLE II-109 de la Constitution Européenne

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.
2. Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations.
3. L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction.