

Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?

Sous la direction de

**Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost,
Michel van de Kerchove
Sébastien Van Drooghenbroeck**

Ouvrage publié avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective

**BRUXELLES
FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS
BOULEVARD DU JARDIN BOTANIQUE 43
2007**

© Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2007

Tous droits réservés

ISBN: 978-2-8028-01176-4

Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme

par

Michel VAN DE KERCHOVE

Recteur honoraire des Facultés universitaires Saint-Louis
Professeur émérite invité à la Faculté de droit

Introduction

Si j'ai choisi de centrer cette contribution sur les caractères et les fonctions de la peine, c'est parce que les relations paradoxales et partiellement mouvantes qu'entretiennent le droit pénal et les droits de l'homme me paraissent véritablement se nouer autour de ces deux questions. Celles-ci constituent donc, me semble-t-il, le véritable nœud de notre problématique.

Si je me suis permis, en outre, de qualifier ce nœud de « nœud gordien », c'est évidemment en partant de l'idée qu'il n'est pas possible de se contenter de dénouer le fil ou les fils dont il se compose pour en fournir une image simple et univoque. Il ne sera donc pas question d'un fil d'Ariane unique qu'il suffirait de démêler et de suivre à travers notre labyrinthe pour en trouver la sortie. Ce que je voudrais au contraire suggérer, c'est d'abord que ce nœud se compose d'une pluralité de fils dont se constituent aussi bien les caractères et les fonctions de la peine, que les relations mêmes qui s'établissent entre le droit pénal et les droits de l'homme. Ce que je voudrais suggérer ensuite, c'est que, si ces fils peuvent sans doute être au moins partielle-

ment identifiés, ils se nouent d'une manière à ce point complexe qu'il n'est pas réellement possible de dénouer le nœud qu'ils forment, mais seulement de le trancher. Comme Alexandre, chaque décideur, qu'il soit juge ou législateur, ne peut que brandir une épée – une de plus par rapport au thème général de cet ouvrage – afin de couper court à la difficulté, du moins dans les limites du contexte décisionnel qui est le sien.

C'est donc à la lumière de ces réflexions préliminaires que je tenterai d'aborder successivement les caractères et les fonctions de la peine, ainsi que les relations qu'il est possible d'établir entre le droit pénal et les droits de l'homme.

I. Les caractères de la peine

Dans *Œdipe-Roi*, Sophocle fait dire à Créon qu'« un mal n'est pas un mal, s'il peut en sortir un bien ¹ ». Or, en ce qui concerne la peine, il n'a pas fallu attendre les doctrines de la défense sociale ni certains propos très actuels pour tenir des considérations semblables. Ainsi Barbeyrac relevait-il déjà au XVIII^e siècle que « l'infliction des peines tend à l'utilité publique » et qu'il est dès lors contradictoire d'affirmer que « ce qui renferme quelque peine est odieux ². » C'est également ce que l'on pourrait suggérer en affirmant, comme l'ont fait certains, que la peine est essentiellement une mesure curative, correctrice, protectrice, voire même réparatrice.

Qui ne voit cependant qu'il s'agit là d'une confusion fondamentale entre les caractères du moyen utilisé et ceux de la fin poursuivie, entre le mal inhérent au premier et le bien inhérent à la seconde ? Comme le soulignait clairement Jeremy Bentham, même si la peine tend à « prévenir un mal plus grand », c'est-à-dire à produire un bien, elle n'en est pas moins un mal. Selon ses propres termes, « toute peine par

¹ SOPHOCLE, *Œdipe-Roi*, in *Théâtre de Sophocle*, trad. par R. Pignarre, t. 1, Paris, Garnier, 1958, p. 251.

² S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. de Jean Barbeyrac, t. II, Edition de Bâle, 1732. repr. Caen, 1987, p. 126, note 2.

elle-même est nécessairement odieuse³ » et « punir [...] , c'est infliger un mal à un individu, avec une intention directe par rapport à ce mal⁴. » Et il précisait encore que le droit pénal « dans tout le cours de son opération ne peut être qu'une suite de maux : maux dans les menaces et la contrainte de la loi ; maux dans la poursuite des accusés avant qu'on puisse distinguer l'innocent du coupable ; maux dans l'infliction des sentences juridiques ; maux dans les suites inévitables qui rejaillissent sur des innocents⁵. » Comme le disait également Garraud, « la peine est le mal prononcé par le juge [...] en signe de réprobation de la société contre l'acte et son auteur⁶ », même s'il s'agit dorénavant d'« utiliser ce mal, cette souffrance [...] beaucoup plus comme un moyen de produire un résultat que comme un but se suffisant à lui-même⁷. »

Dans l'identification des différents fils de notre problématique, il convient donc de bien distinguer les caractères de la peine que nous tenterons de préciser en un premier temps, avant d'évoquer ses objectifs et ses fonctions.

En ce qui concerne ses caractères, il en est deux qui paraissent en quelque sorte incontournables, même si des divergences existent quant à leur importance respective et si leur intensité est évidemment variable selon le type de peine envisagé⁸. Il s'agit, d'une part, de son caractère « afflictif » qui consiste dans la privation d'un bien, l'atteinte à un droit, ou si l'on préfère l'imposition d'un mal ou d'une souffrance, au sens le plus large du terme. Il s'agit, d'autre part, de son caractère « infamant » qui consiste dans une marque de réprobation sociale, un

³ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, éd. E. Dumont, Bruxelles, Louis Hauman et compagnie, 1829, p. 20

⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁵ *Ibidem*, p. 187.

⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., t. 2, Paris, Sirey, 1914, p. 70.

⁷ *Ibidem*, p. 72.

⁸ A cet égard, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 38 et s.

blâme, une stigmatisation, ou si l'on préfère une atteinte à l'honneur et à la réputation de la personne.

La permanence de ces deux caractères traditionnels de la peine peut faire l'objet de deux illustrations.

En Belgique, on se contentera d'évoquer l'introduction de la nouvelle peine de travail par la loi du 17 avril 2002. Si le travail d'intérêt général était considéré, depuis 1994, comme une condition particulière d'une mesure de probation ou comme une condition d'extinction de l'action publique dans le cadre d'une médiation pénale, il n'était en effet pas considéré comme une peine proprement dite. Or, les travaux préparatoires de la loi de 2002 révèlent clairement que la qualification de « peine », dorénavant proposée pour désigner ce type de prestation, a été justifiée à la lumière des deux caractères que je viens d'évoquer. Son caractère afflictif consiste, a-t-on souligné, « à imposer au condamné une charge⁹ », une « restriction de liberté¹⁰ » qui « comporte clairement une certaine souffrance¹¹ ». Quant à son caractère infamant, il a été relevé que la mise en œuvre du travail d'intérêt général comporte « une certaine stigmatisation (vis-à-vis des proches ou vis-à-vis des personnes rencontrées sur le lieu du travail)¹² ». On pourrait encore ajouter évidemment que ce caractère stigmatisant résulte également de l'inscription de la condamnation dans le casier judiciaire de l'intéressé.

Au niveau du Conseil de l'Europe, par ailleurs, on peut évoquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, par des biais différents, conforte cette double caractérisation de la peine, tout en la complexifiant. Un premier biais est celui de l'interprétation de la notion de « peines ou traitements inhumains et dégradants » consacrée par l'article 3 de la Convention. Un deuxième biais est celui de l'interprétation des notions de « matière pénale » et de « peine »

⁹ Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme Karine Lalieux, *Doc.parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-0549/011, p. 4.

¹⁰ Développements précédant la proposition de loi du 29 mars 2000 modifiant le code pénal et instaurant le travail d'intérêt général et la formation comme peine de substitution, déposée par MM. Daniel Bacquellaine *et al.*, *Doc.parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 50-0549/001, p. 5.

¹¹ Rapport fait au nom de la commission de la Justice, *op. cit.*, p. 19.

¹² Développements, *op. cit.*, p. 5.

consacrées par les articles 6 et 7 de la Convention. Un troisième biais pourrait être celui de l'obligation positive d'assurer la protection pénale de certains droits consacrés par la Convention, mais qui est, comme nous le verrons, plus problématique et que nous réservons pour la troisième partie de cette contribution. Nous nous contenterons donc d'évoquer maintenant les deux premiers.

En ce qui concerne l'interprétation de la notion de peine inhumaine et dégradante, c'est évidemment, a contrario en quelque sorte, que la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de souligner les caractères nécessairement afflictif et infamant de la peine. Cherchant d'abord à définir ce qu'est une peine inhumaine, la Cour a en effet été amenée à affirmer à plusieurs reprises qu'est inhumaine la peine qui inflige une souffrance qui va « au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée de peine légitime ¹³ ». Cette affirmation implique donc logiquement que toute peine, selon la Cour, comporte une souffrance, mais qui, lorsqu'elle atteint un « niveau particulier » doit être qualifiée d'« inhumaine » et se trouve alors proscrite par l'article 3. Il en va de même pour la notion de peine dégradante. Selon la Cour, en effet, « il serait absurde de soutenir que toute peine judiciaire, en raison de l'aspect humiliant qu'elle présente d'ordinaire et presque inévitablement, revêt un caractère "dégradant" au sens de l'article 3. Il faut introduire dans le texte un critère supplémentaire. En interdisant expressément les peines "inhumaines" et "dégradantes", l'article 3 implique du reste qu'elles se distinguent des peines en général. » Précisant dès lors la nature de ce « critère supplémentaire », la Cour, estime que, « pour qu'une peine soit "dégradante" et enfreigne l'article 3, l'humiliation ou l'abaissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation mentionné à l'alinéa précédent ¹⁴. »

¹³ Cour eur. D.H., 26 octobre 2000, arrêt *Kudla c. Pologne*, § 92 ; 18 octobre 2001, arrêt *Indelicato c. Italie*, § 32 ; 29 avril 2003, arrêt *Poltoratskiy c. Ukraine*, § 132.

¹⁴ A cet égard, cf. Cour eur. D.H., 25 avril 1978, arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, § 30. Cf. également Cour eur. D.H., 25 février 1982, arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, § 28 ; 7 juillet 1989, arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, § 100 ; 25 mars 1993, arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, § 30 ; 26 octobre 2000, arrêt *Kudla c. Pologne*, § 92 ; 18 octobre 2001, *Indelicato c. Italie*, § 32 ; 29 avril 2003, arrêt *Poltoratskiy c. Ukraine*, § 132 ; 24 janvier 2006, *Ülke c. Turquie*, § 15 ; pour

En ce qui concerne l'interprétation des notions de matière pénale et de peine, la Cour, tout en confortant la double caractérisation de la peine, déjà évoquée, la complexifie largement.

Elle la conforte d'abord en se référant fréquemment, pour en définir les contours, à la nature et à la gravité de la sanction. Elle a, en effet, eu l'occasion, en un premier temps, de mettre l'accent sur ce critère distinctif, en affirmant qu'il convenait de prendre en considération « le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé » et que « dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la "matière pénale" les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important ¹⁵. » Bien qu'il ne s'agisse plus de sanctions privatives de liberté, la Cour a également pris en considération la gravité du mal infligé en décidant notamment qu'une sanction fiscale revêtait « une ampleur considérable » de nature à la faire relever de la matière pénale ¹⁶, que l'« enjeu » d'une amende disciplinaire « revêtait une importance assez grande pour entraîner la qualification pénale ¹⁷ », qu'une amende administrative était « suffisamment sévère pour considérer la poursuite engagée [...] comme une poursuite en matière pénale ¹⁸ », qu'une amende disciplinaire « est suffisamment importante pour être considérée comme pénale ¹⁹ » et en décidant, inversement, qu'une amende « n'atteignait [...] pas un niveau propre à en faire des sanctions "pénales" ²⁰ ». Dans ces différents cas, comme on le constate,

qu'une peine soit « dégradante », l'humiliation doit aller « au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée [...] de peine légitime. »

¹⁵ Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*.

¹⁶ Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France* ; 23 juillet 2002, arrêt *Janosevic c. Suède*.

¹⁷ Cour eur. D.H., 22 mai 1990, arrêt *Weber c. Suisse* ; 27 août 1991, arrêt *Demicoli c. Malte*.

¹⁸ Cour eur. D.H., 24 septembre 1997, arrêt *Garyfallou Aebe c. Grèce*.

¹⁹ Cour eur. D.H., 14 novembre 2000, arrêt *T. c. Autriche*.

²⁰ Cour eur. D.H., 23 mars 1994, arrêt *Ravnsborg c. Suède* ; 12 février 2004, *Morel c. France*. On remarquera, au passage, que le Conseil des ministres belge a adopté, dans le cadre d'un litige porté devant la Cour d'arbitrage, une position analogue, en affirmant qu'une « sanction administrative [...] ne serait acceptable que pour des montants peu élevés ; en effet, une amende dont le montant est élevé de-

la Cour prend en considération aussi bien la nature de la sanction (peine privative de liberté ou pécuniaire, selon le cas) que la mesure de la sanction (durée ou taux de la peine, selon le cas). En revanche, la Cour a décidé dans d'autres arrêts que, dans le cas d'une amende administrative d'un montant peu élevé, « la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque²¹ » ou que l'article 6 s'applique « sous son volet pénal nonobstant la modicité de la somme exigée au titre de la majoration d'impôt²² ». Quant au caractère infamant de la peine, la Cour s'y réfère parfois, mais de manière très marginale, cette fois, en se contentant de souligner que certaines amendes, qu'elle estime relever de la matière pénale, sont inscrites au casier judiciaire²³, alors qu'elle constate que des sanctions disciplinaires prévues à l'égard des militaires ne figurent pas au casier judiciaire²⁴. Il n'en reste pas moins vrai cependant que la Cour a éga-

vient une peine qui ne peut être prononcée que par un tribunal » (C.A., 18 novembre 1992, n°72/92). Le Conseil d'État a également consacré cette idée en matière fiscale, en affirmant que « pour qu'une amende administrative n'acquière pas de caractère proprement punitif, ce qui en modifierait la nature, il faut que par la modération de son montant, elle n'ait pas d'effets sensibles sur les revenus ou sur le patrimoine du contrevenant » (Avis du Conseil d'État, *Doc.parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 762/1, 86).

²¹ Cour eur. D.H., 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne*; 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne*.

²² Cour eur. D.H., 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande*. Dans cet arrêt, la Cour précise encore : « il n'existe donc pas, dans la jurisprudence de la Cour, de précédent faisant autorité qui permette de dire que la légèreté de la sanction constituerait, en matière fiscale ou autre, un facteur décisif pour exclure du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal. » Dans l'opinion partiellement dissidente commune à M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Mularoni, à laquelle le juge Caflisch déclare se rallier, se trouve cependant exprimé le regret que la « ligne Bendenoun », qualifiée de « plus sage », n'ait pas été suivie.

²³ Cour eur. D.H., 23 mars 1994, arrêt *Ravnsborg c. Suède*; 25 mars 1983, arrêt *Minelli c. Suisse*. Dans Cour eur. D.H., 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande*, il est même affirmé que certaines [procédures pénales] ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent. » Cette affirmation a cependant fait l'objet d'une opinion partiellement dissidente de M. le juge Loucaides, à laquelle MM. les juges Zupani et Spielmann déclarent se rallier, aux termes de laquelle « les procès pénaux [...] revêtent toujours [...] un caractère infamant, quelle que soit la gravité des infractions pénales dont ils sont accusés. »

²⁴ Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*.

lement admis, dans certaines limites, que de telles sanctions disciplinaires ressortissaient, malgré tout, de la matière pénale²⁵. Un tel critère n'est donc pas non plus décisif aux yeux de la Cour.

A cette apparente contradiction s'ajoute encore le fait que les deux caractères que nous avons évoqués ne sont pas les seuls susceptibles d'être pris en compte par la Cour lorsqu'il s'agit de délimiter les contours de la notion de matière pénale. A ceux-ci, en effet, s'ajoutent encore le critère de la fonction de la sanction, sur lequel nous reviendrons ultérieurement, de même que le critère de la qualification juridique donnée à la norme qui la consacre, ainsi que le critère de la nature et de la gravité de l'incrimination correspondante. Or, selon la jurisprudence de la Cour, à l'exception de la qualification de pénale donnée par la législation qui consacre une sanction donnée et qui semble déterminante à elle seule²⁶, les autres critères paraissent généralement avoir un caractère « alternatif » et non « cumulatif », ce qui permet de voir en chacun d'eux une condition suffisante, mais non nécessaire, pour rattacher une sanction à la matière pénale²⁷. Parfois, cependant, « si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire²⁸ », une approche cumulative se trouve néanmoins suivie et aboutit alors à retenir la « prédominance » des aspects qui « présentent une coloration pénale²⁹ ». Il en résulte à la fois une relativisation des frontières établies en droit interne entre les peines et les sanctions de nature non pénale³⁰ et une incertitude importante concer-

²⁵ Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*.

²⁶ Cf. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 96.

²⁷ Cour eur. D.H., 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne*; 9 octobre 2003, arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*.

²⁸ Cour eur. D.H., 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande*.

²⁹ Cf. notamment Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France*; 21 mars 2006, décision *Valico S.R.L. c. Italie*. On rappellera notamment les objections soulevées par le gouvernement italien dans cette dernière affaire consistant à souligner que la notion de sanction pénale dans la jurisprudence de la Cour est caractérisée par un manque de clarté, à cause de l'utilisation parfois alternative, parfois cumulative des critères dégagés en la matière.

³⁰ Concernant les retombées, en droit belge, d'une telle relativisation, cf. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La nature et les contours de la peine. Regards

nant les limites de la matière pénale ainsi conçue, que Mireille Delmas-Marty a pu qualifier de concept « flou³¹ ». Dans un cas comme dans l'autre, on ne peut que se convaincre que si, traditionnellement, cette incertitude était tranchée de manière ultime par le législateur, l'épée du juge est aujourd'hui de plus en plus sollicitée pour jouer ce rôle.

II. Les fonctions de la peine

Lorsqu'on aborde le problème des fonctions de la peine, il convient tout d'abord de le distinguer, au moins d'un point de vue théorique, du problème de ses fondements, de ses objectifs et de ses effets³². Les fondements de la peine résident dans sa « cause » ou sa raison d'être³³, comprise comme le « pourquoi » de la peine. C'est ainsi que les fondements principaux qu'on a pu lui assigner résident dans l'infraction commise, la responsabilité morale de l'agent, sa dangerosité, ainsi que le dommage causé à la victime ou à la société. Les objectifs de la

croisés sur la jurisprudence interne et internationale », in *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 453 et s.

³¹ Cf. notamment M. DELMAS-MARTY, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *Dalloz-Sirey*, 1986, Chron., p. 27 et s. ; ID., « La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », *Rev.sc.crim.*, 1987, p. 818 et s. Concernant la critique de l'évolution récente de la Cour européenne en cette matière, cf. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, « La dissolution de la matière pénale », note sous Cour eur.D.H., 22 février 1996, *Rev.dr.pén.crim.*, 1997, p. 928 et s. ; ID, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droit de l'homme. 2002-2004, op. cit.*, p. 97-99.

³² En ce sens, cf. notamment Ph. ROBERT, « Les effets de la peine pour la société », in ID., *La question pénale*, Genève, Droz, 1984, p. 176 : « L'on évoque pêle-mêle comme fonctions, effets ou finalités de la peine la dissuasion, l'intimidation, la rétribution, la neutralisation, la réinsertion, la réaffirmation de valeurs morales ou sociales, la vengeance socialisée, le traitement [...] et l'on ne peut s'y retrouver. »

³³ Cf. notamment Fr. TULKENS et Fr. DIGNEFFE, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de C. Debuyst, avec la collaboration de Fr. Tulkens, Paris-Genève, Masson-Médecine et hygiène, 1981, p. 193 où les auteurs distinguent la « cause (au sens de la raison) de la pénalité » et le « but de la pénalité ».

peine, par ailleurs, ont une portée à la fois téléologique et normative : ils résident dans le « pour quoi » de la peine³⁴ ; ils relèvent, selon le niveau de réflexion envisagé, tantôt d'une approche philosophique, tantôt d'une approche en termes de politique pénale et criminelle, et se réfèrent au rôle idéal que la peine doit poursuivre, à la finalité qui lui est assignée. Quant aux effets de la peine, ils résident dans un ensemble de conséquences effectivement engendrées, mais qui, à la différence des objectifs, peuvent avoir un caractère non intentionnel ou accessoire³⁵, voire manifestement indésirable. C'est ainsi par exemple qu'on parlera de l'effet désocialisant de la peine d'emprisonnement. Par rapport à ces différentes notions, enfin, celle de fonction de la peine paraît occuper une place intermédiaire : elle se distingue de ses objectifs à la fois par le fait qu'elle n'a pas en elle-même un caractère intentionnel et par le fait qu'elle ne désigne pas un idéal poursuivi, mais un rôle effectivement rempli, dont l'identification et l'analyse relèvent d'études de nature empirique. Elle se distingue cependant aussi partiellement des effets de la peine, à la fois par le fait que la fonction se réfère à un rôle caractéristique et essentiel de la peine, par le fait qu'elle désigne un rôle auquel elle semble particulièrement adaptée, et enfin par le fait qu'elle se réfère à un rôle répondant positivement aux exigences du système auquel elle appartient.

Par ailleurs, il importe également de rappeler l'opposition traditionnelle qui existe, au moins de manière « idéal-typique », entre deux conceptions extrêmes de la justification de la peine, qu'on peut quali-

³⁴ Concernant la même distinction, cf. F. GROS, « Les quatre foyers de sens de la peine », in A. GARAPON, F. GROS et Th. PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 37 : « On punit parce que..., et non pour que » ; D. SALAS, « Une transformation de l'économie pénale. Le poids de l'opinion publique et des médias », *Informations sociales*, n° 127, 2005, p. 13 : « On ne punit plus "pour que" – notamment pour ne plus avoir à punir ou en préparant une réintégration – mais "parce que", c'est-à-dire en réplique aux agressions subies par la société. »

³⁵ Cf. notamment P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, PUF, 2001, p. 58 qui distingue « les finalités principales et les effets dérivés » de la peine, constatant, à cet égard, un « entrecroisement » entre les différents rationalités punitives.

fier de «rétributiviste» ou de «moraliste», d'une part, et de «conséquentialiste» ou d'«instrumentaliste», d'autre part³⁶.

Le rétributivisme ou moralisme part du principe que l'accomplissement de l'infraction pénale (considérée elle-même comme un acte immoral tant d'un point de vue subjectif qu'objectif) constitue la condition à la fois nécessaire et suffisante pour justifier la peine, de même que la nature et la gravité de l'infraction constituent les seuls critères permettant de justifier la nature et l'intensité de la peine. Corrélativement, aucun argument fondé sur les conséquences découlant du choix de la peine ou les objectifs qui lui sont assignés ne peut être invoqué à cet effet.

Une telle position trouve sans doute une expression paradigmatique dans la conception kantienne de la peine.

Quant à la légitimité même de la peine, Kant pose en effet le principe bien connu qu'elle ne peut être appréciée qu'en termes de justice, c'est-à-dire sur base de ce qu'il considère lui-même comme un argument «moral» (*quia peccatum est*), et non en termes d'utilité ou d'efficacité, c'est-à-dire sur base d'un argument qu'il qualifie de

³⁶ Concernant la portée générale de cette opposition, applicable, non seulement à la justification de la peine, mais également à celle de l'incrimination, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme », in *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 449 et s. Cf. également A.C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Schmuyl-der*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 69-70 qui oppose les « partisans du châtement » et les « instrumentalistes » ; K. BEYENS, *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Bruxelles, VUB Press, 2000, p. 204 qui oppose les « théories rétributivistes ou absolues » et les théories « utilitaristes ou relatives » ; K. AMBOS et Ch. STEINER, « On the rationale of punishment at the domestic and international level », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, publié par M. Henzelin et R. Roth, Paris-Genève-Bruxelles, LGDJ-Georg-Bruylant, 2002, p. 313 qui distinguent la « théorie absolue (c'est-à-dire détachée de tout objectif) ou théorie de la justice » et les « théories relatives ou utilitaristes » ; Th. PECH, « Neutraliser la peine », in A. GARAPON, F. GROS et Th. PECH, *op. cit.*, p. 160 qui distingue la famille du « "punir pur" qui néglige, voire récusé toute utilité de la peine, et celle du "punir pour" qui, au contraire, la justifie par les fins poursuivies ».

« simplement pragmatique » (*ne peccetur*)³⁷. Il en conclut, dès lors, que « la peine juridique ne peut jamais être considérée simplement comme un *moyen* de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit *uniquement* lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis un crime. »

Le conséquentialisme ou instrumentalisme, en revanche, adopte sur ce plan une attitude radicalement opposée. Justifiant l'intervention de la peine en termes exclusifs d'utilité et d'efficacité, il adopte précisément la thèse que condamnait Kant, selon laquelle la peine n'est qu'un moyen – un mal en l'occurrence – qui n'est légitime que s'il est utilisé dans le but de réaliser un bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société, soit pour la victime. La thèse essentielle de l'instrumentalisme est, dès lors, que l'utilité de la peine est une condition à la fois nécessaire et suffisante à sa justification.

Il résulte dès lors de cette opposition que la problématique des objectifs de la peine n'a pas de véritable place dans une conception purement rétributiviste de la peine. Selon cette conception, en effet, seul le « pourquoi » ou « fondement » (*quia peccatum*) de la peine lui donne tout son sens ; le « pour quoi » ou « objectif » de la peine (*ne peccetur*) ne saurait être pris en considération. Ainsi, selon les termes utilisés par certains, « la peine n'a donc pas un objectif direct mais est une réaction³⁸ » ; elle est « détachée de tout objectif³⁹ ». Dans une telle perspective, il paraît dès lors absurde de parler d'un objectif ou d'une finalité rétributive. Si la peine possède un tel caractère, c'est exclusivement à la lumière de son fondement, et non du but qui lui serait assigné. Inversement, la problématique des objectifs trouve non seulement sa place dans une conception conséquentialiste de la peine, car elle est « *goal-oriented*⁴⁰ », mais on peut même soutenir que, dans une conception purement conséquentialiste, cette problématique tend à éclipser logiquement celle des fondements ou, à tout le moins, à minimiser l'importance de l'infraction commise, tant d'un point de vue

³⁷ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. Par A. Philonenko, 2^e éd., Paris, 1979, p. 246.

³⁸ A.C. BERGHUYS, *op. cit.*, p. 70.

³⁹ K. AMBOS et Ch. STEINER, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 312.

objectif que subjectif, au profit d'un autre fondement tel que la dangerosité de l'auteur ou le dommage subi par la victime.

Cependant, il n'en reste pas moins vrai qu'une telle opposition est largement théorique et que les conceptions radicales que nous venons d'évoquer ne se retrouvent pour ainsi dire jamais sous une forme pure. On a pu montrer que, même pour Kant, « il n'est ni exclu ni interdit qu'on retire quelque utilité de la peine infligée, pour autant que la fin de l'utilité soit toujours seconde, c'est-à-dire uniquement pour autant que l'auteur de l'infraction ne reste pas impuni⁴¹. » Réciproquement, les utilitaristes semblent avoir généralement admis que la peine ne devait frapper que la personne objectivement et subjectivement responsable d'une infraction et que l'intensité de la peine devait avoir un rapport de proportionnalité avec la gravité de l'infraction. S'il en était autrement, ce qu'on peut parfaitement imaginer, on peut d'ailleurs se demander s'il serait encore pertinent de parler de « peine » au sens strict du terme. C'est ce que Hart a clairement aperçu en rappelant que l'idée même de peine comporte toujours une certaine dimension de rétribution quant à son fondement, même si elle n'en constitue pas la finalité, dans la mesure où elle constitue, par définition, une mesure prévue « pour (*for*) la violation de règles juridiques⁴² ». C'est également ce que la Commission Holsters a récemment mis en lumière en Belgique en affirmant qu'« il est...inutile de présenter la rétribution comme un objectif de la peine parce qu'en réalité, elle constitue une caractéristique inhérente de la peine⁴³ ». Comme le dit également P.

⁴¹ Ph. COPPENS, « Compétence universelle et justice globale », *Ann. dr. Louvain*, vol. 64, 2004, n° 1-2-*Rev. dr. ULB*, vol. 30, 2004-2, p. 43. Cf. également F. GROS, *op. cit.*, p. 37 : « Kant ne dit pas [...] que la punition ne doit pas s'attacher à amender le criminel ou protéger la société [...] Mais, pour bénéfiques qu'ils soient, ces effets ne peuvent, structurellement, justifier la peine. »

⁴² H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University press, 1968, p. 5.

⁴³ Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », *Rapport final*, 2^e partie, Bruxelles, 2003, p. 24. Cf. également L. DUPONT, « *Herstelrecht : afscheid van vergeldend strafrecht ?* », in L. DUPONT et F. HUTSEBAUT (éds), *Herstelrecht tussen heden en toekomst, Liber amicorum Tony Peters*, Louvain, Universitaire pers Leuven, 2001, p. 218-219.

Poncela, « la notion de rétribution est l'autre nom de la peine : punir c'est toujours rétribuer⁴⁴. »

S'il n'est donc pas inconcevable de parler d'un *objectif* rétributif de la peine, comme l'illustre abondamment la littérature juridique consacrée à cette problématique⁴⁵, il nous paraît à tous égards plus pertinent d'admettre que la peine possède normalement un *caractère* rétributif, voire une *fonction* rétributive à la lumière de son fondement, fondement dont l'existence et l'importance paraissent généralement constituer le premier élément à considérer dans la justification du choix de la sanction pénale.

Si l'on se contente de retenir ici la façon dont cette question est abordée par la Cour européenne des droits de l'homme, il semble que, selon la nature de l'enjeu, la Cour vise tantôt le fondement de la peine, tantôt son objectif, tantôt ses fonctions, tantôt enfin ses effets.

Lorsque l'enjeu de la question consiste à préciser les contours de la matière pénale afin de déterminer le champ d'application de l'article 6 de la Convention, on constate que l'accent est essentiellement mis sur l'*objectif* assigné à la sanction, la peine étant considérée comme étant un mal infligé « à titre répressif⁴⁶ », poursuivant un « but à la fois préventif et répressif⁴⁷ », un « objectif à la fois dissuasif et punitif⁴⁸ », le « but principal [...] d'amener [les intéressés] à respecter leurs obligations légales et à punir les manquements à ces obligations⁴⁹ » ou encore visant à « punir *pour* empêcher la répétition des agissements

⁴⁴ P. PONCELA, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁵ Cf. également US Criminal Code, titre 18, ch. 227, sec. 3553, (a), (2), (A) qui cite, parmi les objectifs de la peine prononcée, le besoin de « refléter la gravité de l'infraction [...] et de fournir une punition juste de l'infraction » et l'article 718 du code criminel canadien qui assigne au prononcé des peines « l'objectif essentiel de contribuer [...] au maintien d'une société juste [...] par l'infliction de sanctions justes ». Le nouvel article 132-24 du code pénal français se contente, quant à lui, de citer, parmi les objectifs à concilier, « la sanction du condamné ». On remarquera cependant que la version initiale du texte utilisait le terme de « punition ».

⁴⁶ Cour eur. D.H., 8 juin 1976, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*.

⁴⁷ Cour eur. D.H., 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne* ; 25 août 1987, arrêt *Lutz c. Allemagne* ; 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France* ; 23 juillet 2002, arrêt *Janosevic c. Suède*.

⁴⁸ Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, arrêt *Malige c. France*.

⁴⁹ Cour eur. D.H., 23 juillet 2002, arrêt *Janosevic c. Suède*.

incriminés⁵⁰». De même, lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application du principe de légalité des peines consacré par l'article 7, la Cour souligne le fait que ce type de sanction « vise pour l'essentiel à punir *pour* empêcher la réitération de manquements » semblables⁵¹. A contrario, la Cour suggère que l'objectif d'une sanction pénale n'est pas réparateur, restitutif, indemnitaire ou compensatoire⁵². Simultanément, on relèvera que la Cour parle également du « caractère punitif⁵³ » ou « répressif⁵⁴ » de la sanction pénale, tout en soulignant que « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction⁵⁵ » et que le fondement de la peine réside donc dans une infraction dont la sanction pénale « a constitué une conséquence directe et prévisible », sans que cette mesure ait pu « avoir été prise uniquement à des fins de prévention et de dissuasion⁵⁶ ».

En revanche, lorsque l'enjeu de la question consiste à apprécier si l'intervention du droit pénal constituait une ingérence injustifiée par rapport à l'exercice de certains droits protégés par la Convention ou, au contraire, apparaissait comme nécessaire à la protection de ceux-ci, il semble que la Cour ne raisonne plus seulement en termes d'objectifs, mais également en termes de fonction, voire d'effets indésirables. Pour illustrer ces derniers, on évoquera notamment la menace pour la liberté d'expression journalistique que constitue, selon la Cour, l'incrimination pénale de certaines infractions commises dans le domaine de la presse. La Cour a pu souligner en effet le risque de voir une condamnation pénale « *dissuader* la presse de contribuer à un dé-

⁵⁰ Cour eur. D.H., 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande*.

⁵¹ Cour eur. D.H., 21 mars 2006, arrêt *Valico S.R.L. c. Italie*.

⁵² Cour eur. D.H., 24 février 1994, arrêt *Bendenoun c. France* ; 14 novembre 2000, arrêt *T. c. Autriche* ; 23 juillet 2002, arrêt *Janosevic c. Suède* ; 1^{er} février 2005, arrêt *Ziliberberg c. Moldova* ; 21 mars 2006, arrêt *Valico S.R.L. c. Italie* ; 23 novembre 2006, arrêt *Jussila c. Finlande*.

⁵³ Cour eur. D.H., 14 novembre 2000, arrêt *T. c. Autriche* ; 1^{er} février 2005, arrêt *Ziliberberg c. Moldova*.

⁵⁴ Cour eur. D.H., 21 mars 2006, *Valico S.R.L. c. Italie*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cour eur. D.H., 13 décembre 2005, décision *Nilsson c. Suède*.

bat ouvert sur des questions d'intérêt public⁵⁷», ainsi que « l'effet dissuasif que la crainte de pareilles sanctions emporte pour l'exercice par ces journalistes de leur liberté d'expression⁵⁸. » Lorsqu'il s'agit de consacrer une obligation d'intervention pénale en vue d'assurer la protection de certains droits, la Cour continue en partie à s'exprimer en termes d'objectifs, lorsqu'elle vise « une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations⁵⁹ ». En revanche, elle paraît manifestement viser la fonction de la peine, c'est-à-dire un rôle plus effectif, lorsqu'elle vise « la mise en œuvre effective des dispositions du droit interne assurant le respect du droit à la vie, en particulier la fonction dissuasive du droit pénal⁶⁰ » ou qu'elle affirme qu'« une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces⁶¹ ». Il en va de même lorsque la Cour rappelle qu'« une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, par exemple en empêchant un criminel de récidiver et de nuire ainsi davantage », même si elle reconnaît simultanément « le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement⁶² ». Enfin, même si cette fonction peut être considérée comme complémentaire de la dissuasion déjà évoquée, dans la mesure où elle constituerait le versant « positif » de la prévention générale, dont la dissuasion constituerait le versant « négatif⁶³ », on évoquera encore le fait que la Cour a pu récemment affirmer que l'ouverture d'une enquête officielle propre à conduire à l'identi-

⁵⁷ Cour eur. D.H., 8 juillet 1999, arrêt *Süreş c. Turquie*.

⁵⁸ Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, arrêt *Cumpăna et Lazare c. Roumanie*.

⁵⁹ Cour eur. D.H., 28 octobre 1998, arrêt *Osman c. Royaume-Uni*; 28 mars 2000, arrêt *Kiliç c. Turquie*; 28 mars 2000, arrêt *Mahmut Kaya c. Turquie*; 18 juin 2002, arrêt *Öneryıldız c. Turquie*.

⁶⁰ Cour eur. D.H., 30 novembre 2004, arrêt *Öneryıldız c. Turquie*.

⁶¹ Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, arrêt *M.C. c. Bulgarie*.

⁶² Cour eur. D.H., 24 octobre 2002, arrêt *Mustromatteo c. Italie*.

⁶³ Cf. notamment A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviante et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 18.

cation et au châtement des responsables des atteintes à la vie du fait d'une activité dangereuse « est indispensable pour maintenir la confiance du public et assurer son adhésion à l'État de droit ainsi que pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux, ou de collusion dans leur perpétration⁶⁴ ». Une telle conception de la fonction de la peine est assez proche de celle émise par le juge Rozakis dans une opinion dissidente, lorsqu'il affirme que seule la procédure pénale, à la différence de la procédure civile, permet « d'exprimer la réprobation publique face à une infraction grave telle qu'un homicide⁶⁵ ».

Comme on le rappellera, cependant, de telles conceptions reposent sur des présupposés, voire de véritables postulats, dont le bien-fondé est l'objet d'incertitudes et de débats, que la Cour, à défaut de pouvoir dénouer, a dû trancher.

III. Les relations paradoxales entre droit pénal et droits de l'homme

Le paradoxe qui affecte la relation du droit pénal avec les droits de l'homme a déjà été exprimé par de nombreux auteurs⁶⁶. Il réside d'abord, selon les termes de M. Delmas-Marty, dans le fait que « le droit pénal semble tout à la fois protection et menace pour les libertés et droits fondamentaux⁶⁷ » ou, en d'autres termes, non seulement « un droit qui protège, mais un droit dont il convient de se protéger⁶⁸ ». Certains l'ont exprimé en qualifiant le droit pénal de « bouclier » des droits de l'homme, d'une part, d'« épée » des droits de l'homme,

⁶⁴ Cour eur. D.H., 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* ; 30 novembre 2004, arrêt *Öneriyildiz c. Turquie* ; 24 février 2005, arrêt *Issaïeva c. Russie*.

⁶⁵ Cour eur. D.H., 17 janvier 2002, arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie*.

⁶⁶ Cf. notamment A. P. PIRES, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal », *R.G.D.*, n° 26, 1995, p. 136 qui parle du « rapport ambivalent, voire contradictoire, que le droit pénal entretient avec la problématique des droits de la personne ».

⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, « Le paradoxe pénal », *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS DE LEYSSAC, Paris, Seuil, 1996, p. 368.

⁶⁸ R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *Actualité juridique-Droit administratif*, 20 juillet/20 août 1998, p. 106.

d'autre part⁶⁹. Il est cependant également possible d'inverser cette dernière métaphore en qualifiant à leur tour les droits de l'homme de « bouclier » du droit pénal, d'une part, d'« épée » du droit pénal, d'autre part⁷⁰, afin de souligner que les droits de l'homme peuvent tout autant protéger le droit pénal contre ses excès potentiels que favoriser son déploiement en lui fournissant une légitimation. On peut aussi affirmer, comme nous l'avons fait avec Françoise Tulkens dans une étude antérieure⁷¹, que les droits de l'homme peuvent constituer aussi bien la « mauvaise » que la « bonne » conscience du droit pénal, au sens où ils sont susceptibles aussi bien de limiter son intervention en projetant un regard critique sur celle-ci, que de légitimer le droit pénal en donnant « bonne conscience à la raison punitive »⁷².

Historiquement, il semble généralement admis qu'à l'origine, « le principal effet de la prise en compte des libertés dans le champ pénal s'analyse en une limitation de la répression⁷³ », comme l'illustrent

⁶⁹ Cf. notamment J.A.E. VERVAELE, « Régulation et répression au sein de l'État providence. La fonction "bouclier" et la fonction "épée" du droit pénal en déséquilibre », *Déviante et société*, 1997, vol. 21, n° 2, p. 121-122 ; Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 396 et 403. Voy. également R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, *op. cit.*, p. 106 qui utilisent, pour leur part, les termes de « bouclier » et de « glaive ».

⁷⁰ Cf. notamment R. ROTH, « Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal », *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, éd. par A. AUER, J.-D. DELLEY, M. HOTTELIER et G. MALINVERNI, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 437 où l'auteur attribue ces expressions à Ch. Van den Wijngaert qui, en 1995, dans une intervention sur le citoyen européen face à la justice pénale dans l'Union européenne, évoque cette double fonction « bouclier » et « épée » des droits de l'homme (*La justice pénale et l'Europe*, sous la direction de Fr. TULKENS et H. BOSLY, Bruxelles, Bruylant, 1996).

⁷¹ Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? », in *Strafrecht als rænigen. Liber amicorum Lieven Dupont*, sous la direction de R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE et B. SPRIET, Louvain, Universitaire pers Leuven, 2005, vol. II, p. 949 et s. Un certain nombre d'idées reprises ici ont été développées plus longuement dans cette contribution commune.

⁷² A.P. PIRES, *op. cit.*, p. 140. Cf. également D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, p. 229 : « Le droit de punir est en quelque sorte investi de la dignité morale des droits fondamentaux ».

⁷³ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 369.

différents principes limitatifs déjà consacrés par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : limitation de l'incrimination aux actions nuisibles à la société (art. 5), principe de légalité des incriminations, des peines et de la procédure pénale (art. 7 et 8), principe de non-rétroactivité de la loi pénale (art. 8), principe d'égalité et de nécessité des peines (art. 8), présomption d'innocence (art. 9), principe de nécessité de la détention avant jugement (art. 9).

D'un point de vue fondamental, ce qui mérite cependant d'être rappelé, c'est précisément ce qui justifie l'ensemble de ces principes limitatifs, à savoir le fait que le droit pénal porte atteinte à certains droits fondamentaux. Or une telle atteinte ne découle pas seulement d'abus et d'une certaine démesure propres au droit pénal de l'Ancien Régime. Cette atteinte est inhérente au droit pénal lui-même et intrinsèquement liée à ses caractères afflictif et infamant que nous avons déjà évoqués. Il est donc possible de voir dans toute incrimination pénale une atteinte à l'un ou l'autre droit ou liberté qu'elle vient restreindre, dans toute accusation une atteinte au droit à la réputation découlant du respect de la vie privée, dans toute peine une atteinte au droit à la vie, à la liberté, à la réputation ou à la propriété.

D'une telle caractérisation du droit pénal ne découle sans doute pas l'idée qu'il soit impossible de justifier son intervention, mais qu'une telle justification doit se fonder sur un critère extrêmement strict, celui de la *nécessité*. En découle, notamment, l'idée traditionnelle de « subsidiarité⁷⁴ » du droit pénal par rapport à différentes formes alternatives d'intervention, voire de non-intervention. Une telle exigence peut également se formuler en termes de « proportionnalité », au sens où l'entend aujourd'hui la Cour européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire que son intervention ne se justifie que lorsque n'existe aucun autre moyen moins préjudiciable pour assurer la protection d'un droit garanti par la Convention.

C'est ainsi que, pour déterminer si une ingérence dans la liberté d'expression est nécessaire dans une société démocratique pour at-

⁷⁴ Cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », *Le principe de subsidiarité*, sous la direction de F. DELPÉRÉE, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, p. 153 et s.

teindre un des buts visés par l'article 10 § 2, la nature et la sévérité de la sanction infligée joue un rôle essentiel qui amène la Cour à insister sur la subsidiarité du recours à la voie pénale. On citera notamment l'arrêt *Du Roy et Malaurie c. France*, dans lequel la Cour évoque expressément la possibilité de recours à d'autres mécanismes protecteurs des droits des personnes que des dispositions de nature pénale⁷⁵. Dans l'arrêt *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, la Cour rappelle également 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 violence⁷⁶. »

Si les droits de l'homme ont pu ainsi contribuer à une profonde humanisation du droit pénal, par la mauvaise conscience qu'ils suscitent depuis près de deux siècles par rapport à son intervention, ils contribuent également, et, semble-t-il, de plus en plus souvent aujourd'hui, à un renforcement du droit pénal, par la bonne conscience qu'ils lui donnent d'assurer la protection de ces droits, ce qui suscite un certain nombre de questions critiques.

Tout d'abord, l'affirmation de la vocation du droit pénal à assurer la protection des droits de l'homme paraît généralement s'accompagner d'un affaiblissement global de sa fonction traditionnelle de bouclier contre les menaces qu'il fait lui-même peser sur les droits et libertés, voire parfois d'un véritable oubli de celle-ci. En ce sens, on a pu parler de « retournement des droits de l'homme⁷⁷ », voire de « révolution copernicienne⁷⁸ ».

⁷⁵ Cour eur. D.H., 3 octobre 2000, arrêt *Du Roy et Malaurie c. France*, § 36.

⁷⁶ Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, arrêt *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, § 115.

⁷⁷ R. ROTH, « Synthèse des débats et perspectives », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, publié par M. Henzelin et R. Roth, Paris-Genève-Bruxelles, LGDJ.-Georg-Bruylant, 2002, p. 347. Cf. également D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, op. cit., p. 22.

⁷⁸ M. HENZELIN, « Droit international et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *ibidem*, p. 107.

Or, une telle évolution paraît fondamentalement liée à l'attitude adoptée à l'égard des caractères et des fonctions de la peine. Elle consiste plus précisément, nous semble-t-il - à sous-estimer les premiers et à sur-estimer les secondes.

Il semble, tout d'abord, qu'elles s'accompagnent de l'occultation des caractères afflictif et infamant de la sanction pénale. Comme le disait déjà R. Legros, il y a plus de trente ans, « la notion de loi odieuse n'a plus cours, même en droit pénal » puisqu'elle « protège la société en général et la partie lésée en particulier⁷⁹ », ce qui rappelle singulièrement l'affirmation déjà citée de Créon selon laquelle « un mal n'est pas un mal, s'il peut en sortir un bien ». Se fondant sur une nouvelle forme d'instrumentalisme, où la légitimité de la fin poursuivie justifierait une fois de plus le choix des moyens, aussi préjudiciables soient-ils, du moment qu'ils soient les plus efficaces (ce qu'il convient encore de démontrer au cas par cas), on ne s'étonnera pas de voir les différentes garanties traditionnellement associées à la voie pénale s'effriter jusqu'à priver le principe même de subsidiarité du droit pénal de toute pertinence. Dès lors, à l'obligation retenue et essentiellement négative de n'utiliser la voie pénale qu'en dernier recours se substituerait, au moins partiellement, l'obligation positive de la consacrer et de la mettre concrètement en œuvre⁸⁰, et cela sans plus se livrer au strict exercice de proportionnalité auquel la Cour européenne nous avait accoutumés. Comme l'a relevé la juge Tulkens, dans une opinion concordante, mais séparée, « l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et[...] son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine retenue⁸¹. »

Par ailleurs, on relèvera que l'obligation proclamée, dans certains cas, de recourir à la voie pénale pour assurer la protection de certains droits, et cela à l'exclusion de sanctions non seulement civiles, mais encore administratives ou disciplinaires, est d'autant plus délicate,

⁷⁹ R. LEGROS, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 377.

⁸⁰ Cf. notamment A.P. PIRES, *op. cit.*, p. 145 ; M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 158-159.

⁸¹ Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, arrêt *M.C. c. Bulgarie*.

voire peut-être incohérente, que la Cour européenne, nous l'avons rappelé, a donné à la notion de matière pénale une signification extensive qui a pour effet d'y inclure un certain nombre de sanctions qualifiées de disciplinaires ou d'administratives en droit interne, en raison notamment de leur degré de sévérité. Sans doute, pourrait-on rétorquer que la notion de matière pénale est susceptible d'être prise dans des sens différents – large ou strict – selon le problème considéré. Une telle position cependant paraît à son tour difficilement compatible avec l'idée consacrée par la Cour selon laquelle « la notion de peine ne saurait avoir des acceptions différentes selon les dispositions conventionnelles ⁸² ».

Il paraît ensuite évident que les érosions que nous avons évoquées doivent se comprendre à la lumière des fonctions privilégiées que l'on attribue à la sanction pénale dans la protection de certains droits de l'homme. Or celles-ci suscitent un certain nombre de questionnements.

En ce qui concerne la fonction dissuasive de la peine, il est tout d'abord étonnant de constater, une fois encore, que la Cour a invoqué, dans de nombreux arrêts, le caractère « préventif et répressif » d'un certain nombre de sanctions qualifiées d'administratives ou disciplinaires en droit interne pour les inclure dans la notion de matière pénale, alors qu'elle souligne, par ailleurs, le caractère spécifiquement dissuasif du droit pénal au sens strict, à l'exclusion de ces autres types de sanctions, lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de valeurs essentielles à la société. On peut se demander ensuite si cette affirmation ne repose pas sur un véritable postulat, comme l'a également rappelé la juge Tulkens dans l'opinion séparée déjà évoquée : « Quant au postulat, dit-elle, 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 »⁸³.

⁸² Cour eur. D.H., 2 juillet 2002, arrêt *Göktaş c. France*.

⁸³ Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, arrêt *M.C. c. Bulgarie*.

On sait, par ailleurs, que de nombreuses études ont pu confirmer le caractère incertain et limité des effets réels de la dissuasion pénale⁸⁴.

En ce qui concerne la fonction « expressive » de réprobation publique à l'égard de l'atteinte à certaines valeurs essentielles, il est sans doute plus réaliste d'affirmer que la sanction pénale possède, comme l'avait déjà bien montré Durkheim, des propriétés privilégiées que ne possèdent sans doute ni les sanctions administratives, ni les sanctions disciplinaires, ni, a fortiori, les sanctions civiles. En termes de légitimité, une question de proportionnalité se pose cependant de manière d'autant plus cruciale à son propos que, comme l'a relevé Hart, la « simple expression d'une condamnation morale » paraît difficilement pouvoir se justifier « au prix d'une souffrance humaine », alors que « la voie normale » d'une telle expression consiste en des « mots » et pourrait prendre la forme d'une simple « déclaration solennelle et publique de désapprobation⁸⁵ ».

Enfin, on peut se demander dans quelle mesure la voie pénale n'est pas surtout considérée, paradoxalement, comme la voie la plus efficace pour assurer la réparation du dommage causé à la victime d'une atteinte à l'un de ses droits fondamentaux.

A cet égard, une mutation mérite d'être soulignée, qui affecte l'évolution de la conception des droits de l'homme et certaines conséquences qui en découlent concernant la place de la victime dans cette évolution. P. Poncela et P. Lascoumes ont bien montré, à travers leurs études successives des codes pénaux français de 1791 et 1810, d'une part, et du nouveau code pénal adopté en 1992, d'autre part, le passage qui s'était opéré d'une conception « politique des droits de l'homme » qui avait « privilégié la défense des institutions pré démocratiques et de l'individu citoyen acteur du régime politique » à une conception

⁸⁴ Cf. notamment P. GUIBENTIF, « Retour à la peine : contexte et orientations des recherches récentes en prévention générale », *Déviante et société*, 1981, vol. 5, n° 3, p. 293 et s. ; Ph. ROBERT, « Les effets de la peine pour la société », in *La peine, quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, Paris, Cerf, 1983, p. 105 et s. ; A.C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuyder*, Bruxelles, Bruylant, p. 69 et s. ; A. BARATTA, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁵ H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 65-66. A cet égard, cf. également M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

« individualiste des droits de l'homme » qui a privilégié à son tour la défense « des valeurs individualistes, la personne et la propriété privée⁸⁶ », opérant ainsi un « renversement radical des priorités⁸⁷ ». Cette individualisation profonde des droits de l'homme ne pouvait que retentir sur l'évolution du droit pénal, comme l'avait très justement prédit E. Durkheim. Non pas, comme il l'avait conçu d'abord, par un « rétrécissement » progressif de la place du droit pénal dans la société⁸⁸, auquel l'évolution effective de nos systèmes juridiques a opposé un démenti évident, mais par le déplacement des sentiments sociaux, pressenti ensuite, d'entités collectives ou religieuses vers l'individu et, corrélativement, le remplacement des crimes de « lèse-divinité » par des crimes de « lèse-humanité⁸⁹ ».

Cette évolution de la conception des droits de l'homme ne pouvait que retentir sur les rapports que la victime entretient avec le droit pénal. D'une part, la victime est appelée à jouer un rôle de plus en plus important dans le procès pénal ; d'autre part, l'objectif de réparation du dommage subi y occupe une place de plus en plus essentielle⁹⁰. Or, cette évolution paraît logiquement entretenir une relation directe avec celle qui affecte les droits de l'homme. Comme l'a fait remarquer M. Henzelin, en effet, « les spécialistes des droits de l'homme considèrent depuis quelques années que la victime est l'alpha et l'omega du droit⁹¹. » Or, précise-t-il, si, « initialement, l'approche des droits de l'homme était centrée sur la possibilité pour les victimes d'obtenir réparation en justice », cette approche s'est progressivement déplacée « du droit à la réparation civile au droit à une satisfaction sur le plan pénal, entraînant les victimes des droits de l'homme à militer en fa-

⁸⁶ P. PONCELA et P. LASCOUMES, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, 1998, p. 286-287.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 287.

⁸⁸ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 9^e éd., Paris, PUF, 1973, p. 120.

⁸⁹ E. DURKHEIM, « Deux lois de l'évolution pénale », repr. et traduit en anglais sous le titre « The evolution of punishment », *Durkheim and the Law*, éd. par S. LUKES et A. SCULL, Oxford, Robertson, 1983, p. 125.

⁹⁰ A cet égard, cf. notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.*, p. 61 et s.; p. 129 et s.

⁹¹ M. HENZELIN, *op. cit.*, p. 104.

veur d'une répression étendue et intensive lorsqu'ils considèrent que les "droits de l'homme" des victimes sont atteints⁹². En droit interne, l'utilisation de plus en plus fréquente de la constitution de partie civile a permis aux victimes de faire irruption dans le procès pénal en manifestant un « intérêt à la répression » qui coïncide avec un souci à la fois de réparation concrète et de satisfaction symbolique⁹³. On peut se demander dans quelle mesure le recours individuel exercé par les victimes d'atteintes aux droits fondamentaux ne joue pas aujourd'hui un rôle analogue devant la Cour européenne des droits de l'homme et ne contribue pas également à leur pénalisation progressive, au moins partielle. Si l'on a pu dire que le recours à une voie exclusivement civile et non pénale aboutirait à « privatiser » la protection des valeurs fondamentales de la société⁹⁴, ne peut-on pas soutenir, au contraire, que le recours à une voie exclusivement pénale en vue d'assurer la protection des intérêts de la victime aboutit en quelque sorte à la détourner de sa véritable finalité collective en la privatisant à son tour ?

Quelle que soit la réponse donnée à cette question, il semble qu'il s'agisse bien là du nœud de la difficulté et que, à défaut d'avoir été dénoué jusqu'à présent, il a bel et bien été tranché.

⁹² M. HENZELIN, *op. cit.*, p. 105. A cet égard, cf. également les multiples exemples invoqués par Y. CARTUYVELS, *op. cit.*

⁹³ A ce sujet, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », *Droit et intérêt*, vol. 3, sous la direction de Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, en particulier p. 91 et s.

⁹⁴ Opinion partiellement dissidente de M. le juge Rozakis in Cour eur. D.H., 17 janvier 2002, arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie*.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme par François OST</i>	7
<i>Droit pénal et droits de l'homme : un retournement ? par Yves CARTUYVELS</i>	23
<i>Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? par Hugues DUMONT et Isabelle HACHEZ</i>	45
<i>Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme par Sébastien VAN DROOGHENBROECK</i>	75
<i>Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois par Antoine BAILLEUX et Jérémie VAN MEERBEECK</i>	111
<i>L'espace pénal européen : « épée » des droits fondamentaux dans l'Union européenne par Anne WEYMBERGH</i>	175
<i>La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine par Erik CLAES</i>	211

<i>La montée de l'État pénal : que peuvent les droits de l'homme ?</i> par Paul DE HERT, Serge GUTWIRTH, Sonja SNACKEN et Els DUMORTIER	235
<i>Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort</i> par Alvaro PIRES et Margarida GARCIA	291
<i>Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme</i> par Michel VAN DE KERCHOVE	337
<i>La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme</i> par Pierrette PONCELA	363
<i>Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ?</i> par Christine GUILLAIN et Damien VANDERMEERSCH	377
<i>Quand « faire ce qui est juste soit plus fort » conduit à paralyser la lutte contre la discrimination raciale... Vers une dépénalisation partielle de la discrimination raciale ?</i> par Dominique CACCAMISI	427
<i>Le droit pénal, bouclier ou épée des différences culturelles</i> par Alessandro BERNARDI	497
<i>La justice inopportune ? Aux détours de l'amnistie</i> par Anne-Marie DILLENS et Emmanuel BABISSAGANA	551
<i>Les droits de l'humanité l'emportent-ils sur les droits de l'homme ?</i> par Paul MARTENS	589
<i>Postface : d'un paradoxe l'autre</i> par Mireille DELMAS- MARTY	613