

DROIT PÉNAL ET DROITS HUMAINS : DÉSHABILLER SERGE POUR HABILLER PAUL^{*}

Sébastien VAN DROOGHENBROECK^{**}

I. LE COUPABLE EN LIBERTÉ OU L'INNOCENT EN PRISON ?

« Ne vaut-il pas mieux un coupable en liberté qu'un innocent (torturé) en prison ? »

Selon Louise Laperche¹, telle était la question que la Cour constitutionnelle devait affronter à la veille de rendre son arrêt sur le recours en annulation² introduit dans ce que l'on appellera, par commodité, l'« affaire Vandecasteele ».

Le dilemme est connu. D'un côté, il y a l'évidence que le transfèrement vers l'Iran d'A. Assadi, agent iranien condamné à 20 années d'emprisonnement pour tentative d'assassinat dans un contexte terroriste, conduira à son impunité totale. D'un autre côté, il y a la perspective que cet état voyou, faute d'obtenir la restitution de son séide, fasse subir mille souffrances à Olivier Vandecasteele, et le détienne sans aucun titre valide pendant de longues années. Entre les deux,

^{*} En français, le proverbe « Déshabiller Pierre pour habiller Paul » signifie résoudre un problème en aggravant un autre, ou encore, payer une dette en contractant une autre. Les prénoms ont été changés. Toute ressemblance avec des personnes existantes n'est aucunement fortuite....

^{**} Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles, professeur invité à l'Université Paris 2, assesseur au Conseil d'Etat.

¹ L. LAPERCHE, « Protection des droits fondamentaux et transfèrement interétatique : ébauche de réflexion » (obs. sous C.C., 8 décembre 2022, n° 163/2022), *J.L.M.B.*, 2023, p. 207.

² La demande en suspension et le recours en annulation sont formés contre l'article 5 de la loi du 30 juillet 2022 « portant assentiment aux actes internationaux suivants : 1) la convention entre le Royaume de Belgique et la République de l'Inde d'entraide judiciaire en matière pénale, faite à Bruxelles le 16 septembre 2021, 2) le traité entre le Royaume de Belgique et les Emirats arabes unis sur l'entraide judiciaire en matière pénale, fait à Abu Dhabi le 9 décembre 2021, 3) le traité entre le Royaume de Belgique et les Emirats arabes unis sur l'extradition, fait à Abu Dhabi le 9 décembre 2021, 4) le traité entre le Royaume de Belgique et la République islamique d'Iran sur le transfèrement de personnes condamnées, fait à Bruxelles le 11 mars 2022 et 5) le Protocole du 22 novembre 2017 portant amendement au protocole additionnel à la convention sur le transfèrement des personnes condamnées, signé le 7 avril 2022 à Strasbourg » (*M.B.*, 4 novembre 2022).

il y a la Cour constitutionnelle, chargée de statuer sur la constitutionnalité de la loi d'assentiment au traité qui, précisément, autorise ce transfèrement et rend possible cet échange.

S'il était contenu dans les seuls registres de la morale et de la politique, ce dilemme serait déjà totalement tragique. Le fait est cependant que le droit des droits humains, dans ses développements les plus avancés, nourrit les deux plaidoyers opposés d'arguments d'essence identique et de force *a priori* comparable : le dilemme, tragique, apparaît en plus comme indécidable. Il n'y aurait aucune « bonne réponse », au sens Dworkinien. « Choisir entre le gris et le gris », titrait-on dans la presse.³

II. RETOUR SUR LE PARADOXE PÉNAL. DU BOUCLIER...

Dans le texte auquel il m'est aujourd'hui donné l'honneur de répliquer, Serge Gutwirth, Paul De Hert, Els Dumortier et Sonia Snacken identifiaient déjà parfaitement, et avec toute la nuance voulue, les termes du débat : face à la montée de l'« état pénal », le jeu des droits humains n'est pas univoque.

Leur fonction classique et première – le « bouclier »⁴ – est de protéger leurs porteurs contre la violence du Léviathan, qu'il s'agisse d'un état exerçant sa « juridiction » *a priori* légitime, ou *a fortiori* d'un état voyou. Il a été écrit⁵ que la Belgique a, au-delà des frontières du Royaume, l'obligation positive de protéger la vie et l'intégrité d'Olivier Vandecasteele contre les exactions de l'Iran. La proposition nous semble parfaitement valide, sinon au regard de la convention européenne des droits de l'homme – la Cour Strasbourg se montre en effet très (trop) prudente dans l'admission de la juridiction « extraterritoriale » des Etats membres⁶ –, du moins au regard du pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'interprète genevois fait montre de davantage de volontarisme sur ce terrain⁷ (aussi). Dans une affaire *Aarrass / Belgique*⁸, clôturée par une décision d'irrecevabilité du 7 septembre 2021, le requérant avait la double nationalité belge et marocaine, et se plaignait que la Belgique – où il avait vécu une partie de sa vie – ne lui avait pas accordé la protection consulaire

³ *Le Soir en ligne*, 15 février 2023, consulté le 20 février 2023.

⁴ La métaphore apparaît dans le titre de l'ouvrage qui accueille la contribution reproduite : Y. CARTUYVELS, F. OST, H. DUMONT, M. van de KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant-Presses universitaires Saint-Louis, 2007.

⁵ F. TULKENS *et al.*, « Lettre ouverte – Olivier Vandecasteele : appel aux autorités belges », consultable sur www.rtbf.be/article/lettre-ouverte-olivier-vandecasteele-appel-aux-autorites-belges-11141354.

⁶ Voy. Cour eur. D.H., 14 septembre 2022, *H.F. et autres / France*.

⁷ Voy. en effet C. JADOT et M. HARDT, « ... », à paraître in *APT (compléter)*.

⁸ Cour eur. D.H., 7 septembre 2021, n° 16371/18, *Aarrass / Belgique*.

pour le protéger des atteintes graves à l'intégrité physique et morale qu'il avait subies, en méconnaissance prétendue de l'article 3 de la convention, lors de son incarcération au Maroc. Jusqu'à un certain point, la Cour de Strasbourg fit le choix d'un minimalisme judiciaire radical. Elle estima qu'en l'occurrence, il n'était pas indispensable de se prononcer, ni sur la question de la « juridiction extraterritoriale » de la Belgique, ni sur la possibilité de principe d'assimiler un refus d'octroi de la protection consulaire ou diplomatique à un manquement aux obligations positives issues de l'article 3. A supposer même que pareille obligation positive eût existé, il résultait en effet des circonstances de l'espèce qu'elle n'aurait de toute façon pas été violée *in concreto* car, contrairement au postulat sur lequel reposait la thèse du requérant, les autorités belges n'étaient pas restées « passives ou indifférentes ». Au contraire, elles avaient, en pratique, à plusieurs reprises, effectué des démarches auprès des autorités marocaines, soit sur une base diplomatique soit pour des motifs humanitaires, pour faire évoluer la situation du requérant. Certes, ces efforts n'avaient pas abouti et ne semblaient pas avoir eu d'impact sur les conditions de détention du requérant. « Toutefois », souligne la Cour, « cette situation résulte non pas de l'inertie des agents consulaires belges en poste au Maroc mais du refus qu'ont systématiquement opposé les autorités marocaines, qui exerçaient un contrôle exclusif sur la personne du requérant, de créer un précédent contraire à la pratique du Maroc de ne pas autoriser l'assistance consulaire à un détenu marocain par un état dont ce détenu aurait également la nationalité. » Par conséquent, « à supposer qu'une obligation positive d'intervenir puisse être déduite de l'article 1^{er} combiné avec l'article 3 de la convention », la requête devait être jugée manifestement mal fondée.

III. ... A L'ÉPÉE

A côté de cette fonction classique, les droits humains ont acquis, au cours des 30 dernières années, un tout autre rapport avec le droit pénal. Ils ne l'endiguent pas, mais tout au contraire en légitiment le déploiement. Mieux : ils le rendent obligatoire. « Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen ! »⁹, pour reprendre les mots du dedicataire de ces lignes.

Les ressorts de ce « paradoxe pénal » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont bien connus.

⁹ P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen ! De strafbaarstelling als positieve staatsverplichting », in F. VERBRUGGEN (dir.), R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE et M. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, vol. 2, Leuven, Universitaire Pers, 2005, 729 à 755.

Au fondement de celui-ci, se trouve l'affirmation que, pour être effectifs, ces droits doivent non seulement être *respectés* par l'état, mais également *protégés* par celui-ci contre les états voyous et contre les actes d'autres particuliers.

La nature des conflits en présence a, du fait de cet enrichissement des devoirs étatiques et de leur déploiement dans les rapports horizontaux, évolué dans le sens d'une plus grande complexité et d'un plus grand inconfort. L'opposition classique entre les droits et libertés, d'une part, et les impératifs de l'ordre, de la sécurité et de la salubrité, d'autre part, cède de plus en plus la place à une opposition directe entre les droits fondamentaux eux-mêmes : pour protéger les droits de l'un, il faudra souvent limiter le droit de l'autre. Déshabiller Serge pour habiller Paul.

Le Conseil d'Etat de Belgique illustre ceci à merveille dans son avis en assemblée générale sur la loi du 14 août 2021, dite «pandémie»¹⁰ : c'est dans chacun des deux plateaux de la balance que se trouvent désormais les droits à protéger. La puissance publique se trouve ainsi placée entre le marteau et l'enclume, étant à la fois sommée d'agir, sans toutefois en faire trop. Ainsi,

«Aux termes de l'article 23 de la Constitution, la loi, le décret et la règle visée à l'article 134 de la Constitution 'garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice'. Ces droits comprennent notamment le droit 'à la protection de la santé'.

Ainsi que l'a rappelé le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, dans son arrêt n° 248.819 du 30 octobre 2020, cette disposition constitutionnelle (traduction) 'impose à l'autorité une obligation d'agir et confère même aux citoyens le droit d'exiger une intervention immédiate de l'autorité, lorsque le droit fondamental à la santé de chacun est menacé par la puissance d'une crise sanitaire imminente et très difficilement maîtrisable, qui risque de faire s'écrouler le système de santé existant' (...)»

Dans sa décision *Le Mailloux / France* du 5 novembre 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans le même sens que,

«[S]i le droit à la santé ne fait pas partie en tant que tel des droits garantis par la convention, les Etats ont l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et de protéger leur intégrité physique, y compris dans le domaine de la santé publique (...)»

La protection de la santé en cas de situation d'urgence épidémique constitue par conséquent une obligation positive dans le chef des autorités publiques, et non un simple objectif légitime qu'il leur serait loisible de poursuivre.

¹⁰ Loi du 14 août 2021 «relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique» (*M.B.*, 20 août 2021).

Cette obligation positive, à charge des autorités publiques en matière de protection de la santé, doit cependant être mise en balance avec d'autres obligations positives dont lesdites autorités sont également destinataires (...). Il en va, notamment, de celles qui garantissent le 'droit à l'enseignement' (...), le 'droit au travail et au libre exercice d'une activité professionnelle' (...), le 'droit à l'épanouissement culturel et social' (...), le 'droit à l'intégrité psychique des enfants' (...), etc. »¹¹

La Cour européenne des droits de l'homme s'est avisée, dès le milieu des années '80¹², que l'arme pénale pouvait être un instrument efficace de mise en œuvre de l'obligation de protection des droits fondamentaux¹³, pareillement construite. Mieux : dans certains cas, l'effectivité de la seconde ne pouvait se concevoir sans le recours à la première, qui en devenait de ce fait obligatoire. L'épée faisait son entrée. Les droits de l'homme devenaient ainsi un moteur de répression pénale. Le phénomène – les « coercive human rights » – a été mis en exergue de longue date.¹⁴ Il a récemment fait l'objet d'un remarquable ouvrage de synthèse, descriptif et critique, sous la direction de Laurens Lavrysen et N. Mavronicola.¹⁵

C'est l'ensemble du processus de répression pénale qui se trouve ainsi soutenu, potentiellement, par le souci de donner effectivité aux droits humains, tant en termes d'incrimination primaire – l'érection du comportement liberticide en délit ; l'édiction de peines suffisamment lourdes –, qu'en terme

¹¹ Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021, *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 55-1951/1, p. 60.

¹² Le *leading case* étant Cour eur. D.H., 26 mars 1985, *X et Y / Pays-Bas*.

¹³ Il pourrait être débattu sur cette efficacité, postulée mais jamais réellement démontrée.

¹⁴ Voy. e.a., S. VAN DROOGHENBROECK « Droit pénal et droits de l'Homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'Homme », in F. OST, H. DUMONT, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'Homme. Bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL, 2007, 75 à 109 ; P. DE HERT et S. GUTWIRTH, « Gij zult straffen om de mensenrechten te beschermen ! De strafbaarstelling als positieve staatsverplichting », in F. VERBRUGGEN (dir.), R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE et M. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, vol. 2, Leuven, Universitaire Pers, 2005, 729 à 755 ; M. VAN DE KERCHOVE et F. TULKENS, « Les droits de l'Homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? », in F. VERBRUGGEN (dir.), R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE et M. SPRIET, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, vol. 2, Leuven, Universitaire Pers, 2005. Voy. égal. D. SPIELMANN, « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal », *Annales de droit luxembourgeois*, 2004, vol. 14, 25 à 90 ; P.H. VAN KEMPEN, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2008 ; F. TULKENS, « The paradoxal relationship between criminal law and Human Rights », *Journal of international Criminal Justice*, 2011, pp. 577 et s. ; L. LAZARUS, « Positive obligations and criminal justice. Duty to protect or to coerce ? », in L. ZEDNER (dir.) et J. ROBERTS *Principles and Values of criminal law and criminal justice*, Oxford, OUP, 2012, 136 et s. ; A.M. MAUGERI, « Fundamental Rights in the European Legal Order, Both as Limit on Punitive Power and as a Source of Positive Obligations to Criminalise », *New Journal of European Criminal Law*, 2013/4, 374 s. ; M. PINTO, « Awakening the Leviathan through Human Rights Law : How Human Rights Bodies Trigger the Application of Criminal Law », *Utrecht Journal of International and European Law*, 34 (2018), 161 et s.

¹⁵ N. MAVRONICOLA (dir.) et L. LAVRYSEN, *Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

d'incrimination secondaire. Il faut, de manière effective, enquêter, poursuivre, punir et faire exécuter les peines prononcées à la hauteur de ce qu'impliquent les droits en cause.¹⁶ Dans cet horizon renouvelé, la « clémence »¹⁷, que l'on pensait l'inclinaison naturelle des droits de l'homme, pourra tout au contraire se révéler reprochable et suspecte.

Deux exemples récents montrent le degré d'affûtage de l'épée qui a aujourd'hui été atteint.

Dans l'affaire *Romeo Castano / Belgique*¹⁸, les requérants se plaignaient, sous le visa de l'article 2 de la convention, que leur droit à ce qu'une enquête effective soit menée avait été violé par les autorités belges. Celles-ci avaient en effet refusé d'exécuter les mandats d'arrêts européens (MAE) émis par l'Espagne à l'encontre de la personne soupçonnée (N.J.E.) d'avoir attenté à la vie de leur père (le lieutenant-colonel Ramón Romeo). Les juridictions belges avaient en l'occurrence estimé que la remise de N.J.E. porterait atteinte à ses droits fondamentaux, garantis par l'article 3 de la convention. Dans son arrêt du 9 juillet 2019, la Cour rappela ses précédents pertinents selon lesquels il y a lieu de¹⁹ :

« tenir compte du caractère singulier de ce traité [SVD : la Cour vise la convention] de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]. Ce caractère collectif peut, dans des circonstances spécifiques, impliquer pour les états contractants l'obligation d'agir conjointement et de coopérer de manière à protéger les droits et libertés qu'ils se sont engagés à reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction [...]. Dans les affaires dans lesquelles, pour être effective, l'enquête sur un homicide illicite survenu dans la juridiction d'un état contractant nécessite la participation de plus d'un état contractant, la Cour estime que le caractère singulier de la convention, en tant que traité de garantie collective, emporte en principe une obligation de la part des états concernés de coopérer de manière effective les uns avec les autres afin d'éclaircir les circonstances de l'homicide et d'en faire traduire les auteurs en justice. (P)ar conséquent (...) l'article 2 peut imposer aux deux états une obligation bilatérale de coopérer l'un avec l'autre, impliquant dans le même temps une obligation de solliciter une assistance et une obligation de prêter son assistance. La nature et l'étendue de ces obligations dépendront inévitablement des circonstances de chaque espèce, par

¹⁶ L'identité de l'auteur peut, le cas échéant, impliquer une réaction renforcée. Voy. Cour eur. D.H., 10 février 2022, *A et B / Géorgie*, § 48 : « (The Court) expects Member States to be all the more stringent when investigating and, where appropriate, punishing their own law-enforcement officers for the commission of serious crimes, including domestic violence and violence against women in general, than they are with ordinary offenders, because what is at stake is not only the issue of the individual criminal-law liability of the perpetrators but also the State's duty to combat any sense of impunity felt by the offenders by virtue of their very office, and maintain public confidence in and respect for the law-enforcement system. »

¹⁷ Voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La clémence pénale et les droits de l'Homme », in F. TULKENS (dir.), C. GUILLAIN et Y. CARTUYVELS, *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, 125-149.

¹⁸ Cour eur. D.H., 9 juillet 2019, *Romeo Castano / Belgique*.

¹⁹ § 81 de l'arrêt, citant Cour eur. D.H., 29 janvier 2019, *Güzelyurtlu et autres / Chypre*.

exemple du point de savoir si les principaux éléments de preuve se trouvent sur le territoire de l'état contractant concerné ou si les suspects s'y sont réfugiés.

Pareille obligation va dans le sens de la protection effective du droit à la vie garantie par l'article 2. De fait, conclure autrement irait à l'encontre de l'obligation qu'impose l'article 2 à l'état de protéger le droit à la vie, combinée avec le devoir général incombant à l'état en vertu de l'article 1 de 'reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis [dans] la (...) convention', avec pour résultat de faire obstacle aux enquêtes sur les homicides illicites, dont les auteurs resteraient alors nécessairement impunis. Pareil résultat pourrait compromettre le but même de la protection assurée par l'article 2 et rendre illusoire les garanties attachées au droit à la vie. Or l'objet et le but de la convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives [...]

(...) Dans ce contexte, il n'y aura manquement à l'obligation procédurale de coopérer de la part de l'état tenu de solliciter une coopération que si celui-ci n'a pas activé les mécanismes de coopération appropriés prévus par les traités internationaux pertinents, ou, de la part de l'état requis, que si celui-ci n'a pas répondu de façon appropriée ou n'a pas été en mesure d'invoquer un motif légitime de refuser la coopération demandée en vertu de ces traités internationaux. »

En l'occurrence, la Cour conclut au manquement de la Belgique aux obligations ainsi faites. Sans doute est-il concevable, et même obligatoire, de ne pas déferer à un MAE en présence d'un risque de violation de l'article 3. Encore faut-il cependant que ce risque soit étayé in concreto, eu égard à la « confiance mutuelle » que les Etats membres de l'UE se doivent l'un à l'autre.²⁰ Or, un étalement suffisamment concret faisait défaut en l'espèce : « L'examen effectué par les juridictions belges lors des procédures de remise n'a pas été assez complet pour considérer le motif invoqué par elles pour refuser la remise de N.J.E. au détriment des droits des requérants comme reposant sur une base factuelle suffisante. »²¹ La Cour conclut cependant sur un caveat²² : « (L)e présent arrêt ne saurait être interprété comme réduisant l'obligation des états de ne pas extraditer une personne vers un pays qui demande son extradition lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire que l'intéressé, si on l'extrade vers ce pays, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 (...), et donc de s'assurer qu'un tel risque n'existe pas. »

Le second exemple, tout aussi significatif, est emprunté à l'affaire Makuchyan et Minasyan / Azerbaïdjan et Hongrie.²³ Au centre de celle-ci, se trouvait la grâce présidentielle accordée à un meurtrier condamné et sa libération consécutivement à son transfèrement de la Hongrie vers l'Azerbaïdjan pour y

²⁰ Sur cette « confiance », voy. C. RIZCALLAH, *Le principe de la confiance mutuelle en droit de l'Union européenne. Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise de valeurs*, Bruxelles, Larcier, 2020.

²¹ § 90 de l'arrêt *Romeo Castano*.

²² On ne parle jamais autant d'eau que dans le désert....

²³ Cour eur. D.H., 26 mai 2020, *Makuchyan et Minasyan / Azerbaïdjan et Hongrie*.

purger le reste de sa peine. R.S., un officier militaire d'Azerbaïdjan avait en effet sauvagement assassiné un militaire arménien et tenté d'en tuer un autre alors qu'ils suivaient un cours en Hongrie en 2004. En sus de cette grâce présidentielle à son retour au pays, le militaire concerné avait reçu le traitement d'un véritable héros national.

La responsabilité de l'Azerbaïdjan fut retenue, la «clémence» et la «reconnaissance» dont elle avait fait montre à l'égard du meurtrier étant totalement aux antipodes de ce que requièrent les obligations positives procédurales issues du droit à la vie garanti par l'article 2 de la convention. Entre autres considérations, la Cour rappelle que «pardons and amnesties are primarily matters of member States' domestic law and are in principle not contrary to international law, save when relating to acts amounting to grave breaches of fundamental human rights».²⁴

Fallait-il de surcroît condamner la Hongrie, qui, en amont, et par l'acceptation du transfèrement, avait rendu possible cette impunité ? L'arrêt du 26 mai 2020 s'y refuse, pour les motifs suivants :

«In this case, the Court is called upon to examine whether and to what extent a transferring State might be responsible for the protection of the rights of victims of a crime or their next-of-kin (...).

The Court would stress at the outset that its examination in the present case is necessarily limited by the factual context and evidence as submitted by the parties. The Court observes that the Hungarian authorities followed the procedure set out in the Transfer Convention in its entirety. In particular, they requested the Azerbaijani authorities to specify which procedure would be followed in the event of R.S.'s return to his home country (...). Although the reply of the Azerbaijani authorities was admittedly incomplete and worded in general terms – which in turn could have aroused suspicion as to the manner of the execution of R.S.'s prison sentence and prompted them to further action, as concluded by the Hungarian Commissioner for Fundamental Rights (...) – no tangible evidence has been adduced before the Court by the parties in the present case to show that the Hungarian authorities unequivocally were or should have been aware that R.S. would be released upon his return to Azerbaijan. Indeed, bearing in mind particularly the time already served by R.S. in a Hungarian prison, the Court does not see how the competent Hungarian bodies could have done anything more than respect the procedure and the spirit of the Transfer Convention and proceed on the assumption that another Council of Europe member State would act in good faith.»²⁵

Eut-il été établi, *a contrario*, que la Hongrie savait ou aurait dû savoir que, suite au transfèrement, le meurtrier allait être libéré ? Il aurait alors été conclu à la violation de l'article 2.

²⁴ *Ibid.*, § 160 et réf. citées.

²⁵ *Ibid.*, § 195-196.

C'est précisément dans cet aspect de l'affaire Makuchyan et Minasyan / Azerbaïdjan et Hongrie que, dans son arrêt du 8 décembre 2022²⁶, la Cour constitutionnelle aperçut le « moyen sérieux » lui permettant de suspendre l'application de la loi d'assentiment au traité qui permettait à la Belgique d'opérer le transfèrement d'A. Assadi vers l'Iran. Examinant en effet les circonstances concrètes ayant entouré la condamnation de celui-ci, le soutien dont il bénéficie de la part de l'Iran et les déclarations du ministre de la Justice dans le cadre de l'adoption de cette loi, la Cour constitutionnelle estime que

« La Belgique sait ou doit savoir que si, en exécution du traité du 11 mars 2022, l'Iran et celle-ci s'accordent sur le transfèrement sur le territoire de l'Iran d'une personne de nationalité iranienne qui a été condamnée par les cours et tribunaux belges pour avoir commis, avec le soutien de l'Iran, une infraction terroriste en vue d'attenter à la vie d'autrui, l'Iran n'exécutera pas effectivement cette peine, en application de l'article 13 de ce traité. »²⁷

IV. LE BOUCLIER OU L'ÉPÉE ?

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 8 décembre 2022 a fait l'objet de critiques – parfois extrêmement violentes.²⁸ Tout occupée à honorer les obligations procédurales de protection de la vie qui s'opposeraient au transfèrement d'A. Assadi, la Cour n'aurait-elle pas oublié, voire sacrifié les droits substantiels d'O. Vandecasteele ?

Nous ne rentrerons pas ici dans l'examen de cette critique. Tout juste constaterons-nous qu'elle se fait le lointain écho d'une interrogation plus fondamentale, que soulevait déjà clairement la contribution commentée : devenus « épées » du droit pénal, les droits de l'homme seront-ils moins « boucliers » contre celui-ci ?

La jurisprudence de la Cour européenne donne parfois quelques gages rassurants du contraire. Evoquant la possibilité d'une friction entre, d'une part, le principe « bouclier » de la légalité des incriminations et des peines, et, d'autre part, l'obligation « épée » de protéger pénalement les individus contre les atteintes à leur intégrité, l'arrêt *Myumyun / Bulgarie* du 3 novembre 2015 énonce :

« It should be noted (...) that the national authorities cannot be expected to discharge their positive obligations under Article 3 of the Convention by acting in breach of the

²⁶ C.C., 8 décembre 2022, n° 163/2022, e.a. pt. B.16.3.

²⁷ *Ibid.*, pt. B.21.

²⁸ Voy. not. S. GANTY et D. KOCHENOV, « Ignoring Human Life in Belgium. The Questionable Activism of the Belgian Constitutional Court », publié sur www.verfassungsblog.de/ignoring-human-life-in-belgium/ (consulté dernièrement le 20 février).

requirements of its Article 7, one of which is that the criminal law must not be construed extensively to an accused's detriment.»²⁹

Une conciliation, plutôt qu'un sacrifice, doit donc être envisagée : les droits humains seront et boucliers, et épées.

Certes. Mais on ne peut s'empêcher d'apercevoir, derrière les propos apaisants³⁰, que la conciliation recherchée l'est parfois au prix d'un rognage dans la couverture du bouclier, ou, à tout le moins, d'un blocage dans son expansion future.

L'arrêt *Romeo Castano / Belgique* est, à cet égard, significatif du blocage. La Belgique ne pourrait se montrer plus protectrice de l'article 3 de la convention que ce qu'exige la Cour de Strasbourg, car, ce faisant, elle se montrerait moins protectrice des intérêts garantis par l'obligation positive de coopération aux poursuites, issus de l'article 2. Significativement, les juges Spano et Pavli, concordants en l'affaire, affirment que « l'article 53 de la convention, qui permet aux états d'offrir un niveau de protection des droits de l'homme plus élevé que celui offert par les garanties minimales de la convention, n'est pas directement applicable à cet égard ou ne l'est guère ».

Le rognage s'incarne, quant à lui, dans ces arrêts dans lesquels la Cour européenne prend argument de « conditions de vie actuelles » requérant la mobilisation de l'épée, pour justifier une interprétation involutive³¹ de garanties constitutives du « bouclier » pénal classique.

L'un des exemples les plus significatifs en la matière est fourni par l'affaire *Mangouras / Espagne*. Le requérant était le capitaine du *Prestige*. Ce dernier, alors qu'il naviguait près des côtes espagnoles en novembre 2002, déversa dans l'Océan Atlantique les 70.000 tonnes de fuel qu'il transportait, en raison de l'ouverture d'une voie d'eau dans la coque du bateau. Le déversement de la cargaison provoqua une catastrophe écologique majeure. Une enquête pénale avait été ouverte et le requérant placé en détention provisoire avec possibilité de libération sous condition de versement d'une caution dont le montant –

²⁹ Cour eur. D.H., 3 novembre 2015, *Myumyun / Bulgarie*, § 77.

³⁰ « Le présent arrêt ne saurait être interprété... ». La formule, que l'on retrouve dans l'arrêt *Romeo Castano*, est typique des arrêts où la Cour met en scène le croisement potentiellement explosif de l'épée et du bouclier. Voy. en effet l'arrêt *Sanchez Sanchez / Royaume-Uni* du 3 novembre 2022, § 99 : « Rien dans les paragraphes précédents ne remet en cause le principe désormais bien établi selon lequel l'extradition d'un individu par un état contractant soulève des problèmes au regard de l'article 3 de la convention lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser que l'intéressé sera exposé dans l'état requérant à un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. » Selon moi, il y a toujours quelque motif de se montrer perplexe quand une juridiction prend soin d'avertir que sa propre décision pourrait être mal interprétée.

³¹ Sur cette interprétation « involutive » des droits garantis par la convention européenne des droits de l'Homme, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Retour sur l'interprétation 'involutive' de la convention européenne des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS (dir.) et al., *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses universitaires de Saint-Louis, 2018, pp. 427-439.

absolument sans précédent dans les annales judiciaires espagnoles – fut fixé à 3.000.000 d’euros. Il demeura en détention pendant 83 jours avant d’être mis en liberté provisoire à la suite du paiement de cette caution par les assureurs de l’armateur du Prestige. Aux fins de conclure à l’absence de violation de l’article 5, 3., de la convention, la Cour européenne, dans son arrêt du 28 septembre 2010³², pratiqua un assouplissement certain de sa jurisprudence antérieure. Ce recul des garanties de la liberté individuelle³³ fut néanmoins justifié par le désir de progresser, conformément à ce que requièrent les « conditions de vie actuelles », dans la protection du droit à l’environnement :

« (...) la Cour ne saurait ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu’international à l’égard des délits contre l’environnement. En témoignent notamment les pouvoirs et les obligations des états en matière de lutte contre les pollutions maritimes ainsi que la volonté unanime tant des états que des organisations européennes et internationales d’en identifier les responsables, d’assurer leur présence lors du procès et, le cas échéant, de les sanctionner (...). En outre, l’on constate une tendance au recours au droit pénal comme moyen de mise en œuvre des obligations environnementales imposées par le droit européen et international. La Cour estime que ces nouvelles réalités doivent être prises en compte dans l’interprétation des exigences de l’article 5, 3., en la matière. Elle considère en effet que le niveau d’exigence croissant en matière de protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l’appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (...) »³⁴

³² Cour eur. D.H., 28 septembre 2010, *Mangouras / Espagne*.

³³ Comp. avec l’opinion dissidente des juges Rozakis *et al.* : « 8. Quant à la gravité de l’infraction dont le requérant était soupçonné, nous partageons pleinement l’avis de la majorité concernant les préoccupations croissantes et légitimes, en Europe et au-delà, relativement aux dommages environnementaux et à la tendance grandissante à avoir recours au droit pénal pour assurer le respect des obligations en matière d’environnement imposées par le droit international. Cela étant, même si, comme la majorité l’a estimé, ces nouvelles réalités doivent être prises en compte dans l’interprétation des exigences de l’article 5, 3., la gravité de l’infraction dont une personne est soupçonnée ne saurait être un facteur déterminant dans la fixation du montant de la caution ; la gravité de l’infraction ou du dommage environnemental ou autre censé en être résulté peut encore moins justifier la fixation de la caution à un niveau exorbitant, rendant illusoire la possibilité pour le justiciable d’obtenir sa remise en liberté. Même si l’on admet, comme le dit l’arrêt, qu’il n’est ‘guère étonnant que les autorités judiciaires adaptent le montant de la caution au niveau des responsabilités encourues, de telle sorte que les responsables n’aient pas intérêt à se dérober à la justice en abandonnant la caution’, cette manière de faire n’était, à notre sens, pas compatible avec les exigences de l’article 5, 3., particulièrement dans une affaire où les liens juridiques entre les personnes concernées n’avaient même pas été examinés par les tribunaux eux-mêmes. Il n’était selon nous pas davantage compatible avec les principes régissant la disposition en cause de fixer le montant de la caution à un niveau dépassant largement les ressources de l’accusé en tenant compte du niveau de l’indignation publique suscitée par l’ampleur du dommage causé par les actes ou omissions imputés à l’intéressé. »

³⁴ Cour eur. D.H., 28 septembre 2010, *Mangouras / Espagne*, § 86-87.

D'autres exemples existent où la Cour infléchit tel ou tel courant jurisprudentiel existant en son sein, et privilégie de la sorte l'interprétation la moins généreuse de la palette des « possibles », en affirmant l'existence du devoir des états de protéger les droits humains contre les atteintes émanant de groupes violents, voire terroristes.

L'on peut citer à cet égard l'arrêt *S., V. et A. / Danemark* du 20 octobre 2018³⁵ qui, aux fins de justifier l'interprétation la moins exigeante de l'article 5, 1., c), de la convention parmi celles qui se dégageaient de la jurisprudence antérieure, énonce ce qui suit³⁶ :

« La Cour tient compte également du fait qu'elle a progressivement étendu sa jurisprudence concernant l'obligation de protéger le public contre les infractions qui incombent aux états en vertu des articles 2 et 3 de la convention. »

Un autre exemple, plus récent, est fourni par le contentieux de la licéité des peines de « perpétuité ». Dans une affaire *Vinter / Royaume-Uni*³⁷, la Cour avait défini une série de conditions fermes pour qu'une peine de perpétuité puisse être considérée comme compatible avec l'article 3 de la convention. Dans un arrêt plus récent *Sanchez Sanchez / Royaume-Uni*³⁸ cependant, et en contradiction avec ce qu'elle avait jugé dans l'affaire *Trabelsi / Belgique*³⁹, la Cour a estimé que ces critères ne pouvaient être purement et simplement transposés dans le cadre extraditionnel, où la peine sera prononcée et exécutée dans un état tiers. Selon la Cour, les états parties ne peuvent pas être tenus pour responsables, sur le terrain de la convention, des défaillances du système d'un état tiers qui apparaîtraient si l'on appliquait l'intégralité des règles découlant de l'arrêt *Vinter* et autres. La Cour reconnaît en outre qu'imposer à un état contractant d'analyser le droit et la pratique pertinents d'un état tiers aux fins d'apprécier dans quelle mesure ce dernier respecterait ces garanties procédurales peut se révéler excessivement difficile pour les autorités nationales statuant sur les demandes d'extradition. Et la Cour ajoute :

« Dans le contexte de l'extradition, le constat d'une violation de l'article 3 aurait pour conséquence qu'une personne faisant l'objet d'accusations graves ne passera jamais en jugement, sauf si elle peut être poursuivie dans l'état requis ou si l'état requérant est à même de fournir les assurances nécessaires pour faciliter l'extradition. Permettre à une telle personne de s'échapper ainsi en toute impunité est une issue qui ne serait guère conciliable avec l'intérêt général de la société à ce que justice soit rendue en matière pénale (...), ni avec l'intérêt des états contractants à respecter leurs obligati-

³⁵ Cour eur. D.H., 20 octobre 2018, *S., V. et A. / Danemark*.

³⁶ *Ibid.*, § 124.

³⁷ Cour eur. D.H., 9 juillet 2013, *Vinter / Royaume-Uni*.

³⁸ Cour eur. D.H., 3 novembre 2022, *Sanchez Sanchez / Royaume-Uni*.

³⁹ *Ibid.*, § 98 : « Pour ces raisons, la Cour considère que l'approche adoptée dans l'arrêt *Trabelsi* doit être écartée. »

ons conventionnelles internationales (...), qui visent à empêcher la création de refuges pour les personnes accusées des infractions pénales les plus graves.»⁴⁰

V. LE CONSTITUANT OU LE JUGE ?

On le voit : par-delà les propos iréniques de la logique de « conciliation », l'épée et le bouclier se croisent et s'entrechoquent dans les situations concrètes, et des choix seront donc inévitables. A qui incombent-ils ?

Il a été suggéré, dans l'affaire *Vandecasteele*, que la Cour constitutionnelle aurait fait preuve d'activisme, et aurait dû davantage se montrer révérente face au choix du législateur, exprimé par le vote de la loi d'assentiment au traité de transfèrement belgo-iranien. Selon S. Ganty et D. Kochenov⁴¹ :

« This is a textbook example of *ultra vires* intervention in politics at the expense of the most fundamental human rights – a situation that no wise constitutional court would normally permit itself, should it have longer term respect vis-à-vis the judiciary in mind. »

Le propos ne peut être suivi. La Belgique n'a jamais connu de théorie de l'acte de gouvernement, et la jurisprudence internationale – songeons aux motifs qui ont conduit à la condamnation de la France dans l'affaire *H.F. et autres* du 14 septembre 2022⁴² – va clairement dans le sens de la déconstruction des bastions de l'activité politique – même diplomatique – qui seraient à l'abri de l'intervention du juge. Si vraiment celle-ci était insupportable, il fallait alors opter pour les solutions extra-légales, dont le ministre endosse seul la responsabilité politique devant le parlement. Ce n'est pas le choix qui a été fait : il faut donc en assumer les conséquences.

Ceci étant, et à l'inverse extrême, il n'est pas admissible que les questions difficiles soient totalement abandonnées au juge, sommé de trouver « la bonne réponse » sans la moindre balise constitutionnelle. C'est très précisément sur ce point que la situation belge est fondamentalement problématique. Dans son arrêt du 8 décembre 2022, la Cour constitutionnelle était censée faire un arbitrage

⁴⁰ *Ibid.*, § 94. Pour une analyse critique de cet arrêt, voy. P. ARNELL, « Extradition and the Regrettable Influence of Politics upon Law », www.verfassungsblog.de/extradition-and-the-regrettable-influence-of-politics-upon-law/.

⁴¹ S. GANTY et D. KOCHENOV, « Ignoring... », *o.c.*, www.verfassungsblog.de/ignoring-human-life-in-belgium/.

⁴² Cour eur. D.H., 14 septembre 2022, *H.F. et autres / France*, § 275 : « Les concepts de légalité et d'état de droit dans une société démocratique requièrent que les mesures qui affectent les droits fondamentaux doivent être soumises à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour examiner les motifs de la décision et les preuves pertinentes, le cas échéant, avec des limitations procédurales appropriées pour l'examen d'informations classées secrètes lorsque la sécurité nationale est en jeu. »

au sein des requêtes opposées issues du droit à la vie (...) que ne consacre pas formellement la Constitution belge.⁴³ C'est donc vers la seule convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour éponyme qu'il fallait bien se tourner, au mépris de la logique de subsidiarité, qui **gouvernent** la protection des droits humains.

Ici encore peut-on rejoindre le propos de l'article commenté. En conclusion de celui-ci, Serge, Paul, Sonia et Els plaidaient : « Pour un droit pénal constitutionnel au-delà de la convention européenne des droits de l'homme ». Il s'indiquerait, à leur estime, d'opérer une meilleure codification des principes généraux qui doivent garantir un droit pénal subsidiaire, modéré et proportionnel ». Dans cette optique, il conviendrait notamment de « poursuivre le projet initial conçu pendant le siècle des Lumières, qui avait pour ambition de constitutionnaliser le droit pénal. Cela permettrait de rendre mieux visibles les enjeux du droit constitutionnel pénal⁴⁴ (...) »

Le plaidoyer ainsi livré se traduisait, concrètement, par la suggestion d'adjoindre de nouveaux protocoles à la convention. A notre estime cependant, et au nom de la logique de subsidiarité, il y a également lieu de retravailler le catalogue constitutionnel belge des droits et libertés. Celui-ci est lacunaire, et n'a jamais fait l'objet d'une refonte d'ensemble qui en assurerait la cohérence et la modernisation « à la lumière des conditions de vie actuelle ». Des plaidoyers ont certes été livrés en ce sens, depuis de nombreuses années.⁴⁵ Jusqu'à présent, ils n'ont cependant pas été entendus. L'enjeu est pourtant considérable, et tient notamment au juste partage des responsabilités entre le juge et le constituant. Comme le rappelait Jan Velaers⁴⁶ :

« Une constitution, dans un état de droit démocratique, doit être réécrite par le constituant, et non par la Cour constitutionnelle. Il est certes inévitable que les textes de la Constitution soient toujours formulés de manière assez large et qu'il incombe au juge

⁴³ Tout juste la Cour constitutionnelle estime-t-elle que le droit à la vie est un présupposé logique du droit à l'intégrité consacré par l'article 22bis de la Constitution, et du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine garanti par l'article 23, § 1^{er}, de cette même Constitution. Voy. en effet C.C., 7 juin 2006, n° 91/06, pt. B.34. : « Si les dispositions constitutionnelles invoquées ne garantissent pas, comme tel, le droit à la vie, l'exercice des droits qu'elles consacrent présuppose le respect du droit à la vie, de telle sorte qu'elles peuvent être combinées avec les dispositions conventionnelles précitées, qui protègent explicitement ce droit. »

⁴⁴ Référence était faite aux travaux de M. VERDUSSEN.

⁴⁵ Voy. l'audition de J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK in « Les conséquences pratiques et juridiques de l'ajout dans le Titre II de la Constitution de nouveaux droits fondamentaux », Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et du renouveau institutionnel par Mme Claire HUGON, *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 55-2306. Voy. encore J. VELAERS, « The updating of Title II of the Belgian Constitution and the Human Rights Conventions : added-value or redundancy », *R.I.E.J.*, 2016/77, pp. 265-296 ; M. VERDUSSEN, « Le pointillisme constitutionnel », in *La Constitution, hier, aujourd'hui et demain*, Sénat de Belgique, Cahier n° 2, Bruxelles, Bruylant, 2006, 121-128.

⁴⁶ « Les conséquences pratiques et juridiques de l'ajout dans le Titre II de la Constitution de nouveaux droits fondamentaux », *o.c.*, 11.

de les interpréter. Mais lorsqu'un texte est trop ancien et dépassé, si bien qu'il peut encore à peine exprimer les valeurs qui tiennent à cœur à une société, les principes qu'elle défend, les droits dont elle estime qu'ils doivent être farouchement protégés, alors le constituant doit prendre ses responsabilités. »

Il est certes illusoire de penser qu'un texte constitutionnel, si parfait, complet et moderne soit-il, puisse offrir des solutions prête-à-l'emploi pour les *hard cases* du type de l'affaire *Vandecasteele*. Mais admettons cependant qu'un débat constitutionnel préalable sur des questions relatives à la place des obligations positives de protection des droits humains, la hiérarchie à faire – ou pas – entre les aspects procéduraux et substantiels de ces obligations, et la juste mesure du recours à l'outil pénal, pourrait en éclairer la résolution.

