

Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ?

« Si l'homme échoue à concilier la justice et la liberté, alors il échoue à tout »
Carnets d'Albert Camus.

Introduction

Le procès pénal a toujours été pris dans la tension entre « crime control » et « due process of law » qu'il s'agisse d'arbitrer la nécessité de lutter contre certaines formes de délinquance et le respect des droits et libertés fondamentales ou de concilier les droits de la victime ou le délai raisonnable avec les droits de la défense. Cette recherche d'équilibre ne s'est jamais faite sans heurts et les droits de l'homme ont réussi, dans une certaine mesure, à freiner la contamination d'un droit pénal exorbitant, privilégiant ainsi la fonction « bouclier » des droits de l'homme et s'élevant en protecteurs des droits fondamentaux de la personne.

Mais la montée des droits de la victime et le souci de protéger le public contre les menaces réelles et potentielles de la criminalité alimentent aussi la dimension sécuritaire des droits de l'homme, privilégiant sa fonction « épée ». Les droits de l'homme ne seraient ainsi plus garants de la protection des droits et libertés du citoyen contre les ingérences de l'autorité étatique mais pourraient être instrumentalisés pour justifier certaines atteintes aux garanties fondamentales du procès pénal.

Les droits de l'homme ne peuvent cependant se définir de manière monolithique et doivent s'analyser à la lumière des transformations que connaît la société en tenant compte notamment de la complexification croissante du processus d'élaboration de la norme pénale.

Cette contribution ne prétend pas à l'exhaustivité mais vise plutôt à relever des indicateurs : indicateurs, d'une part, du rôle moteur des droits de l'homme et indicateurs, d'autre part, de leur complexité et de leur ambivalence.

A. Les droits de l'homme comme moteur de la protection des droits et libertés individuelles en droit pénal et en procédure pénale.

Dans une optique résolument positive, il convient au préalable de souligner la contribution substantielle des droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale. Ces droits y ont toujours occupé une place centrale et se posent comme cadre de référence général de toute règle. Garante de la protection des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour européenne a joué un rôle déterminant dans le rappel des principes qui doivent gouverner le procès pénal dans son ensemble.

L'influence de la Cour européenne en droit belge a d'abord pesé sur la jurisprudence des cours et tribunaux ainsi que sur les décisions de la Cour d'arbitrage. Les questions que la Cour européenne a été appelée à trancher couvrent un champ fort large. Qu'il nous soit permis d'en citer quelques exemples qui s'articulent essentiellement autour de la notion de procès équitable¹ :

¹ Pour de plus amples développements, voyez 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 1999-2001*, Les dossiers du Journal des Tribunaux, n°39, Bruxelles, Larcier, 2003 et *La Convention européenne*

- le droit à la liberté et à la sûreté et l'expulsion d'étrangers (art. 5, § 1^{er})²;
- le droit à la liberté et à la sûreté et la détention de mineurs (art. 5, § 1^{er})³;
- le droit à la liberté et à la sûreté et la détention dans le cadre de la loi de défense sociale (art. 5, § 1^{er})⁴ ;
- le droit à la liberté et à la sûreté et la détention préventive⁵ (art.5, § 4);
- le droit à un procès équitable et le délai raisonnable⁶ (art.6, § 1^{er});
- le droit à un procès équitable et le droit d'accès à un tribunal⁷ (art.6, § 1^{er});
- le droit à un procès équitable et l'indépendance⁸ et l'impartialité du tribunal⁹ (art.6, § 1^{er});
- le droit à un procès équitable et la légalité du tribunal¹⁰ (art. 6, § 1^{er});
- le droit à un procès équitable en ce compris le droit au silence et le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même¹¹ (art.6, § 1^{er}) ;
- le droit à un procès équitable et l'interdiction de la provocation policière¹² (art.6, § 1^{er});
- le droit à un procès équitable et l'interdiction de fonder une décision de condamnation exclusivement ou dans une mesure déterminante sur des déclarations anonymes¹³ (art. 6, § 1^{er}) ;
- le droit à un procès équitable et l'obligation pour les tribunaux de motiver adéquatement leurs décisions¹⁴ (art. 6, § 1^{er}) ;
- le droit à un procès équitable et l'écartement de l'autorité de la chose jugée au pénal par le juge saisi de l'action civile¹⁵ (art. 6, § 1^{er}).

des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 2002-2004, Les dossiers du Journal des Tribunaux, n°57 (vol. I et II), Bruxelles, Larcier, 2006.

² Cour eur. D.H., *Conka c. Belgique*, 5 février 2002.

³ Cour eur. D.H., *Bouamar c. Belgique*, 29 février 1988.

⁴ Cour eur. D.H., *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998.

⁵ Cour eur. D.H., *Lamy c. Belgique*, 30 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 682.

⁶ Cour eur. D.H., *Pelissier et Sassi c. France*, 25 mars 1999; Cour eur. D.H., *Stratégies et communications et Dumoulin c. Belgique*, 15 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p.1406 ; Cour eur. D.H., *Entreprises Robert Delbrassinne S.A. c. Belgique*, 1er juillet 2004; Cour eur. D.H., *Stoeterij Zangersheide c. Belgique*, 22 décembre 2004. Pour une application aux amendes administratives, voyez C.A., 15 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p.1768.

⁷ Cour eur. D.H., *Deweert c. Belgique*, 27 février 1980 ; Cour eur. D.H., *Sylvester's Horeca Service c. Belgique*, 4 mars 2004.

⁸ Cour eur. D.H., *Coëme et consorts c. Belgique*, 22 juin 2000. Voyez, à ce propos, Fr. TULKENS et H.-D. BOSLY, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique », *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 680; Fr. TULKENS et J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 731-768.

⁹ Sur cette question, voyez F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2005, 794 p.

¹⁰ Cour eur. D.H., *Coëme et consorts c. Belgique*, 22 juin 2000 ; Cour eur. D.H., *Claes et consorts c. Belgique*, 2 juin 2005.

¹¹ Cour eur. D.H., *Coëme et consorts c. Belgique*, 22 juin 2000.

¹² Cour. Eur. D.H., *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970 ; Cour eur. D.H., *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1149 et note F. KUTY.

¹³ Cour eur. D.H., *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, *R.D.P.C.*, 1997, p. 1221; Cour eur. D.H., *Van Mechelen c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1226 et note M.-A. BEERNAERT, *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 145 et note J. DE CODT.

¹⁴ Cour eur. D.H., *Higgins c. France*, 19 février 1998, *Rev. trim. D.H.*, 1998, 835 et note F. KUTY. Voyez M. van DE KERCHOE, «La motivation des peines et la pluralité de leurs objectifs», *Rev. dr. pén. crim.*, n°12, 2007, pp.1039-1069.

¹⁵ Lorsque l'autorité de la chose jugée au pénal prive un tiers, non partie au procès pénal, du droit de réfuter la preuve alléguée Cass., 15 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1159, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 741, *R.W.*, 1991-1992, col. 15.

- le principe de l'égalité des armes entre les parties : ministère public, accusé ou prévenu et partie civile¹⁶ (art.6, § 1^{er});
- le principe du contradictoire et le droit, tant pour l'accusation que pour la défense, de présenter et de discuter les moyens de preuve¹⁷ (art.6, § 1^{er});
- la présomption d'innocence¹⁸ (art. 6, § 2) ;
- le principe de la légalité des incriminations¹⁹ et des peines²⁰ (art.7);
- la non-rétroactivité de la loi pénale (art.7)²¹;
- le droit au respect de la vie privée, de la correspondance et du domicile et la matière des visites domiciliaires et des perquisitions²² (art.8) ;
- le droit au respect de la vie privée et le repérage et l'identification des (télé)communications²³ (art. 8);
- le droit au respect de la vie privée et les écoutes téléphoniques²⁴ (art. 8) ;
- le droit au respect de la vie privée et familiale et la protection du secret professionnel²⁵ (art. 8)

Ensuite, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales a exercé une influence non négligeable sur le processus législatif. Nombreuses sont les législations belges qui ont vu le jour sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne.

Ainsi, l'arrêt *Lamy*²⁶ a été l'aiguillon qui a permis au processus législatif d'aboutir à la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive²⁷.

¹⁶ Voyez, en ce qui concerne le parquet de cassation, Cour eur. D.H., *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, *Rev. trim. D.H.*, 1992, p. 201; *J.L.M.B.*, 1992, p. 2; Cour eur. D.H., *Vermeulen c. Belgique*, 20 février 1996 et Cour eur. D.H., *Wynen c. Belgique*, 5 novembre 2002.

¹⁷ Cour eur. D.H., *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005 rejetant la théorie de l'emprunt matériel de criminalité, *Rev. dr.pén. crim.*, 2005, p. 1247; *J.L.M.B.*, 2005, p.1556; Cour eur. D.H., *Cottin c. Belgique*, 2 juin 2005 concernant le caractère contradictoire de l'expertise ordonnée par le juge du fond.

¹⁸ Cour eur. D.H., *Capeau c. Belgique*, 13 janvier 2005, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 406; Cour eur. D.H., *Pandy c. Belgique*, 21 septembre 2006.

¹⁹ Voyez l'abondant contentieux devant la Cour d'arbitrage (www.arbitrage.be) et notamment : C.A., 28 mars 2002, n°56/2002 concernant la procédure de comparution immédiate; C.A., 14 mai 2003, n°69/2003 à propos de la loi-programme du 30 décembre 2001 relatif aux télécommunications; C.A., 22 juillet 2004, n°136/2004 à propos du décret de la Région flamande du 18 mai 1999 et C.A., 20 octobre 2004, n°158/2004 à propos de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiants, désinfectantes et antiseptiques. Voyez aussi Cour. eur. D.H., *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005.

²⁰ Voyez notamment Cass., 24 juin 1998, *Journal des Tribunaux*, 1998, p.662; C.A., 20 février 2002, n°38/2002 et C.A., 26 juin 2002, n°108/2002 (www.arbitrage.be).

²¹ Cour eur. D.H., *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001; Cass. 16 février 2005, RG P041428F (www.cass.be) à propos de la loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité pénale des personnes morales; C.A., 20 avril 2005, n°73/2005, *Journal des Tribunaux*, 2005, p. 337 à propos de l'article 379 de la loi-programme du 22 décembre 2003.

²² Voyez, à titre d'exemples, Cour eur. D.H., *Funke c. France*, 25 février 1993, *Rev. trim. D.H.*, 1994, p. 117; Cour eur. D.H., *Camenzind c. Suisse*, 16 décembre 1997, *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 640, note G. MALINVERNI; Cour eur. D.H., *Ernst c. Belgique*, 15 octobre 2003.

²³ Cour eur. D.H., *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984; Cass., 2 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1007, *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 974 et note J.S.; Cass., 23 janvier 1991, *Pas.*, I, p. 491, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1420 et note F. PIEDBŒUF.

²⁴ Cour. eur. D.H., *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, *Journ. proc.*, 1998, n° 347, p. 22.

²⁵ Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 467, *Journal des Tribunaux*, 1994, p. 65 et note E. JAKHIAN et P. LAMBERT, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats »; Cour eur. D.H., *Z. c. Finlande*, 25 février 1997, *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 311, et note S. VAN DROOGHENBROECK.

²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Lamy c. Belgique*, 30 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 682. La Cour a condamné la Belgique parce que sa législation ne permettait pas à l'inculpé placé sous mandat d'arrêt de pouvoir consulter le

De même, la jurisprudence de la Cour européenne²⁸ relayée par la Cour de cassation²⁹ se trouve à l'origine de l'introduction par la loi du 11 février 1991 de l'article 88*bis* du C.i.cr. réglementant les repérages de communications téléphoniques³⁰.

C'est la condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Van Geyseghem*³¹ qui a mené le législateur à revoir les règles en matière de représentation du prévenu par son avocat devant les cours et tribunaux, par une loi du 12 février 2003³².

Enfin la condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Coëme* a conduit le législateur à adopter la loi du 4 juillet 2001 concernant l'extension du privilège de juridiction aux coauteurs et complices de l'infraction commise par un fonctionnaire.

Les droits de l'homme agissent aussi comme cadre de référence des réformes législatives: cherchant à se présenter comme bon élève des droits de l'homme, le législateur, ainsi qu'en témoignent les travaux parlementaires de nombreuses lois, a été animé par le souci de « se mettre en ordre » ou de « rester en règle » avec la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne.

Lors du vote de la loi du 30 juin 1994, le législateur nous est ainsi apparu particulièrement soucieux de la conformité de la législation en matière d'écoutes téléphoniques avec les prescriptions énoncées à l'article 8, § 2 de la C.E.D.H.³³.

Nous retrouvons le même souci dans la législation relative aux témoins anonymes où une attention particulière a été portée aux nombreux arrêts de la Cour européenne rendus en la matière³⁴.

Les principes de proportionnalité et de subsidiarité ont également été invoqués par le législateur pour tempérer les dérogations au droit au respect de la vie privée³⁵.

dossier de l'instruction dans le cadre de la procédure tendant à la confirmation du mandat d'arrêt dans les cinq jours de sa délivrance.

²⁷ Voyez à ce sujet, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, « La nouvelle loi belge sur la détention préventive (20 juillet 1990), *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 165 ; B. DEJEMEPPE et F. TULKENS, « L'esprit de justice, histoire et actualité de la détention préventive », in *La détention préventive*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 38.

²⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984.

²⁹ Cass., 2 mai 1990, *Pas.*, I, p. 1007 et les conclusions de l'avocat général B. JANSSENS de BISTHOVEN.

³⁰ H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, « La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et télécommunications privées », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 303.

³¹ Cour. eur. D.H., 21 janvier 1999. Voyez aussi Cour eur. D.H., *Stroek c. Belgique* et *Goedhart c. Belgique*, 20 mars 2001 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pronk c. Belgique*, 8 octobre 2004.

³² *M.B.*, 28 mars 2003. Pour une analyse de la loi, voyez notamment, V. GUERRA, « Le point sur la représentation du prévenu », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, C.U.P., Liège, 2003, pp. 265-309; M.-A. BEERNAERT, « La loi du 12 février 2003 modifiant le code d'instruction criminelle en ce qui concerne le défaut et abrogeant l'article 421 du même Code », *R.D.P.C.*, 2004, n°3, pp. 313-329.

³³ Voyez, à ce sujet, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, « La loi belge du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et télécommunications privées », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 340-341.

³⁴ Voyez à ce sujet, M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins », *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 715 à 744. Le législateur a pris en compte les trois exigences posées par la Cour européenne pour l'admissibilité d'un témoignage anonyme au regard du procès équitable : les motifs suffisants de conserver l'anonymat du témoin, la compensation suffisante de l'handicap que constitue l'anonymat pour la défense et la valeur probante moindre (corroborante) du témoignage anonyme.

Face à un Code d'instruction criminelle qui date du 19^{ième} siècle, la nécessité du respect des droits de l'homme a été la force d'impulsion déterminante pour l'introduction de nombreuses modifications destinées à garantir plus efficacement les libertés et droits des citoyens et, plus particulièrement, ceux des justiciables dans le cadre du procès pénal.

Dans un droit de la procédure pénale, dont la phase préliminaire était marquée par un caractère inquisitorial rigide, le respect dû aux droits de la défense et le droit à un procès équitable ont conduit le législateur à ouvrir de multiples brèches vers une plus grande contradiction. La loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction préparatoire (« loi Franchimont ») en est la traduction³⁶.

Le champ pénitentiaire, longtemps caractérisé par son opacité et sa singularité sur le plan des principes généraux du droit, a fait l'objet d'une réforme en profondeur à travers la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus³⁷. Largement inspirée des Règles pénitentiaires européennes et sous l'influence du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (CPT), la loi rappelle un certain nombre de principes fondamentaux tel que celui de ne soumettre le détenu « à aucune limitation de ses droits politiques, civils, sociaux, économiques ou culturels autre que les limitations qui découlent de sa condamnation pénale ou de la mesure privative de liberté, celles qui sont indissociables de la privation de liberté et celles qui sont déterminées par et en vertu de la loi »³⁸.

Enfin, pour ne citer qu'un dernier exemple, c'est suite à la ratification du Protocole numéro 13 à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, que la Constitution belge a été révisée, le 2 février 2005, en vue d'y insérer un article 14bis consacrant l'abolition de la peine de mort³⁹.

B. La tension interne inhérente aux droits fondamentaux

La protection des droits fondamentaux ne constitue pas un bloc monolithique de droits cohérents, aux contours clairement délimités et aux finalités précises. Par essence, les droits fondamentaux ont pour vocation de s'adresser à tous les citoyens alors que ceux-ci ne partagent pas nécessairement les mêmes intérêts. Ne dit-on pas que les droits des uns s'arrêtent où commencent les droits des autres ?

En raison de leurs finalités différentes, le respect de certains droits fondamentaux se heurte à la nécessité de respecter d'autres droits. Dans une société démocratique, la recherche d'un

³⁵ Voyez notamment la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *M.B.*, 12 mai 2003.

³⁶ Voyez à ce sujet, D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, « La réforme Franchimont. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », *J.T.*, 1998, p. 417 à 448.

³⁷ *M.B.*, 1^{er} février 2005. Sur le processus d'adoption de ces lois, voyez Ph. MARY, La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996-2006), *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1916, 2006, 51p.

³⁸ Voyez également les lois du 17 mai 2006, l'une relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine et, l'autre, instituant des tribunaux de l'application des peines, *M.B.*, 15 juin 2006. La loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines a été modifiée par celle du 5 août 2006, *M.B.*, 31 août 2006.

³⁹ *M.B.*, 17 février 2005.

équilibre entre les différents droits, avec le cas échéant, l'instauration d'une hiérarchie entre eux, est nécessaire.

1. Les droits de la défense et le délai raisonnable

Le nécessaire respect dû aux droits de la défense peut avoir une incidence sur la durée du procès et donc sur le respect du délai raisonnable. Les possibilités pour la défense et la partie civile de demander l'accès au dossier, de solliciter des devoirs complémentaires, de faire vérifier la régularité de la procédure durant l'instruction et à sa clôture servent grandement l'exercice des droits de la défense mais sont également de nature à retarder l'examen au fond de la cause, particulièrement dans les affaires de criminalité financière et/ou organisée.

A l'inverse, sous peine de ne plus laisser de place à l'expression des droits de la défense, le délai dans lequel une personne doit être jugée ne peut être déraisonnablement court. En son temps, nous avons écrit à propos de la procédure de comparution immédiate instaurée par la loi du 28 mars 2000⁴⁰ que, s'il est vrai qu'une justice qui est rendue après un laps de temps excessif, apparaît comme une justice déconnectée de la réalité qu'elle prétend appréhender, l'accélération de la justice ne doit pas, pour autant, être synonyme de justice expéditive ou plus répressive⁴¹.

N'existe-t-il pas un risque réel de favoriser ainsi davantage une justice à deux vitesses : d'une part, la justice de ceux qui ont les moyens, notamment financiers, d'exploiter toutes les garanties prévues par la loi, le cas échéant, en usant et même abusant de toutes les procédures possibles et imaginables et, d'autre part, ceux dont la délinquance est facilement repérable et plus simple à traiter par une institution judiciaire surchargée et qui accusent un déficit dans le recours aux garanties procédurales instituées en leur faveur ? Nous ne pouvons que constater que la composition actuelle de la population de nos prisons témoigne de cette situation peu compatible avec le principe d'égalité.

2. Le principe du contradictoire et la séparation des fonctions de justice répressive

Nous nous sommes réjouis en Belgique de l'introduction d'une plus grande contradiction dans la phase préliminaire du procès pénal, notamment par l'octroi de droits aux parties dans le cadre de l'instruction (délivrance de la copie de l'audition, droit d'accès au dossier, droit de demander des devoirs complémentaires, référé pénal, contrôle de la régularité de la procédure...).

Cependant, nous assistons actuellement, à ce stade, à un glissement des prérogatives du juge d'instruction vers le parquet et les services de police et à l'essor de contrôles unilatéraux censés contrebalancer un défaut de contradiction.

Ainsi on ne peut que constater l'érosion croissante du monopole du juge d'instruction en matière de protection des libertés et droits individuels. Les exceptions qui confèrent au procureur du Roi et aux services de police le pouvoir de prendre des mesures qui portent atteinte à ces droits sans intervention du juge d'instruction, se voient multipliées au fil des

⁴⁰ Pour une analyse exhaustive et particulièrement critique de cette loi, voy. Ph. MARY et M. PREUMONT, "La procédure de comparution immédiate en matière pénale", *Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, 2001, n° 7.

⁴¹ O. KLEES et D. VANDERMEERSCH, « Les réformes de la procédure pénale après la marche blanche », in *Une justice en crise : premières réponses*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 114.

législations. En effet, si les compétences exceptionnelles du procureur du Roi en cas de flagrance se retrouvaient déjà à l'origine dans le Code d'instruction criminelle⁴², la plupart des autres exceptions se sont vues consacrées sur le plan législatif au cours des deux dernières décennies⁴³. Un pas de plus a été franchi à cet égard par les lois du 6 janvier 2003⁴⁴ et du 27 décembre 2005⁴⁵ traitant des méthodes particulières de recherche.

Par ailleurs, ces deux dernières lois ont également généré un ensemble de contrôles unilatéraux afin de protéger le secret couvrant le contenu du dossier confidentiel⁴⁶: contrôles internes au sein des services de police, contrôle par le ministère public, contrôle marginal du juge d'instruction et contrôle largement unilatéral de la chambre des mises en accusation. Or, le contrôle unilatéral a ses limites car on sait qu'il n'est pas toujours effectif dès lors qu'il est effectué en dehors de toute forme de contradiction : il peut être instrumentalisé ou purement formel et certains éléments peuvent être tus ou cachés. La multiplication des contrôles peut également entraîner une dilution des responsabilités.

Le déplacement du centre de gravité vers le parquet et les services de police et l'essor de contrôles unilatéraux dans la phase préliminaire du procès pénal ne sont pas non plus sans incidence sur l'équilibre du procès : ces dernières décennies, l'accent a été mis sur la phase préliminaire du procès pénal au terme de laquelle un dossier complet, purgé de tout vice et « ficelé » est censé être présenté à la juridiction de jugement.

Cette situation ne risque-t-elle pas de déboucher sur une dévalorisation du procès devant le juge du fond dont la mission dans la majorité des causes ne serait plus que d'entériner les résultats de l'instruction préparatoire ? C'est faire fi de la plus-value essentielle que constitue le débat contradictoire.

N'est-il pas l'heure de focaliser à nouveau l'attention sur le débat au fond et de revaloriser, en conséquence, la procédure de jugement⁴⁷ ? En règle, c'est au juge du fond et à lui seul qu'il appartient d'apprécier, avant de se prononcer sur la culpabilité d'une personne, l'ensemble

⁴² Art. 32 et s. C.i.cr. Ces dispositions permettent au procureur du Roi d'exercer, en cas de flagrance, des prérogatives normalement réservées au juge d'instruction, telles que les perquisitions même nocturnes, l'exploration corporelle, le repérage de communications téléphoniques et plus exceptionnellement les écoutes téléphoniques.

⁴³ Citons notamment l'arrestation en dehors du flagrant délit (art. 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive), la saisie (art. 28*bis*, § 3, al. 1^{er}, 35 et s. C.i.cr.), l'identification de l'abonné d'une ligne téléphonique (art. 46*bis* C.i.cr.), le repérage de communications téléphoniques en cas d'infraction de harcèlement téléphonique (art. 88*bis*, § 1^{er}, al. 6 C.i.cr.), l'exploration corporelle avec le consentement écrit de la personne majeure (art. 90*bis* C.i.cr.), le prélèvement ADN avec le consentement écrit et éclairé de la personne majeure (art. 44*ter*, § 3 C.i.cr.)...

⁴⁴ La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête inclut ainsi dans les prérogatives du procureur du Roi les mesures suivantes : l'interception de courriers (art. 46*ter* C.i.cr.), l'enquête bancaire (art. 46*quater* C.i.cr.), l'observation (art. 47*sexies* et *septies* C.i.cr.) et l'infiltration (art. 47*octies* et *novies* C.i.cr.).

⁴⁵ La loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée (*M.B.*, 30 décembre 2005) poursuit la même logique : le gel provisoire des avoirs bancaires (article 46*quater* C.i.cr. modifié) de même que l'observation et le contrôle visuel discret dans un lieu privé autre qu'un domicile ou les locaux professionnels ou la résidence d'un avocat médecin (nouvel art.46*quinquies* C.i.cr.) relèvent dorénavant également des attributions du procureur du Roi. Voyez notamment Les méthodes particulières de recherche, *Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n°14, 2007.

⁴⁶ Lors de la mise en œuvre de toute méthode particulière de recherche, la loi prévoit la création systématique d'un dossier confidentiel où sont versées toutes les informations relatives aux décisions relatives aux méthodes particulières de recherche et à leur mise en œuvre.

⁴⁷ On peut ainsi s'inquiéter du peu de témoins entendus aux audiences correctionnelles par rapport au nombre de personnes entendues dans le cadre de l'information ou de l'instruction.

des éléments recueillis dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal et ce, à la lumière d'un débat contradictoire.

3. Les droits de la défense et les droits de la victime

Le principe de l'égalité des armes a favorisé l'émergence d'un ensemble de droits reconnus à l'accusé. Mais ce même principe a également permis le développement des droits des victimes. Si l'on peut s'en réjouir, cela comporte également des risques. Dans la majorité des systèmes juridiques, le ministère public dispose d'un quasi-monopole dans l'exercice des poursuites. La possibilité offerte à la victime de pouvoir provoquer, indépendamment de l'action du ministère public, l'ouverture des poursuites en se constituant partie civile constitue une institution originale de notre droit qui est liée à la figure du juge d'instruction. La Cour européenne considère à cet égard que la plainte avec constitution de partie civile, qui, exercée par voie d'action, provoque d'office la mise en mouvement de l'action publique, rentre dans le champ d'application de l'article 6, § 1^{er} de la CEDH en tant que cette disposition s'applique aux contestations portant sur les droits et obligations de caractère civil sauf lorsque cette action est exercée à des fins purement répressives parce que la Convention ne garantit ni le droit à la vengeance privée, ni l'action populaire⁴⁸.

Or, il s'agit d'une prérogative importante attribuée à la partie préjudiciée qui se voit ainsi reconnaître le droit de contrer l'abstention ou l'inertie du parquet dans l'exercice des poursuites alors qu'elle n'est censée représenter que des intérêts privés. Si l'institution présente des avantages certains pour les victimes, la médaille a son revers. On ne peut passer sous silence que des parties préjudiciées ou même des pseudos-victimes instrumentalisent la justice en provoquant l'ouverture d'instructions de façon non justifiée ou abusive. Il n'est pas rare que la justice devienne ainsi l'otage d'un véritable règlement de comptes entre parties⁴⁹.

L'inflation de constitutions de partie civile pour des différends à caractère essentiellement civil et pour des affaires qui pourraient être réglées par d'autres voies, sans parler des affaires réellement futiles, n'est pas sans conséquence sur l'action de la justice, dont les moyens se voient détournés d'affaires plus prioritaires, aux enjeux plus importants, notamment pour les « véritables » victimes.

C. La protection des droits par un formalisme accru mais creux

La procédure, par les garanties et les formalités qu'elle impose, est censée assurer la protection des libertés et droits fondamentaux. Cependant, la protection formelle des droits et libertés fondamentaux n'implique pas nécessairement leur effectivité. Que du contraire, le développement des garanties formelles sous la forme de multiplication de formalités et de règles de procédure ne sert pas nécessairement les droits qu'elles sont censées garantir.

Les lois sur les méthodes particulières de recherche illustrent l'inflation de ces garanties formelles (garanties « papiers ») dans les législations récentes⁵⁰ : on impose aux autorités

⁴⁸ Cour eur. D.H., *Perez c. France*, 12 février 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2006, 657 et note H.-D. BOSLY, « La partie civile a droit à un procès équitable ».

⁴⁹ Voyez, à ce propos, D. VANDERMEERSCH, « Les droits de la victime au stade de l'instruction », in *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 123 à 143. Voyez aussi Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, C. MARCHAND, "Victime, punitivité et opinion publique", *Journal des procès*, 28 mai 2004, n°482, pp.31-33.

⁵⁰ On peut citer ici comme autres exemples la loi sur les témoins anonymes (art. 86bis et s. C.i.cr.), la procédure de restitution ou d'aliénation des biens saisis (art. 28octies et art. 61sexies C.i.cr.) et les modifications en matière

d'établir des rapports, des procès-verbaux, de rendre des décisions ou des ordonnances motivées de façon fort précise, de justifier la mesure au regard des principes de proportionnalité et de subsidiarité, etc.

Quelle est la plus value de ces formalités au regard des droits de la défense dès lors que les motivations peuvent être purement formelles et que le principe de subsidiarité, par la multiplication des mesures auquel il s'applique, se trouve dévalorisé ?

Cette inflation de formalités génère d'abord une paperasserie croissante et « chronophage » qui détourne les magistrats et les policiers de leurs tâches quant au fond des dossiers.

Ensuite, nous percevons également les limites de ces garanties formelles : soit, la loi ne prévoit aucune sanction et leur non-respect est rarement sanctionné en tant que tel ; soit ces formes sont prescrites à peine de nullité et le couperet risque d'opérer de façon aveugle sans avoir égard au fond et aux enjeux des dossiers.

De plus, du point de vue des droits de la défense, le développement des garanties formelles entraîne des effets pervers : en premier lieu, ces garanties « papiers » sont de plus en plus invoquées comme alibi pour justifier des dérogations de plus en plus graves dans la protection des libertés et droits fondamentaux ; de façon illusoire, ces garanties sont présentées comme offrant un contrepoids suffisant vis-à-vis de ces ingérences sans cesse croissantes. En second lieu, elles peuvent donner à croire que l'exercice effectif des droits de la défense se réduit au seul respect strict des procédures et des formalités instituées par la loi.

Or, si le respect des procédures et des formes est essentiel dans une société démocratique afin de garantir le respect des libertés et droits fondamentaux, il ne peut être fait l'économie des garanties de fond qui doivent rendre effectif l'exercice des droits de la défense lors de l'examen du fond de l'affaire : les garanties contre le risque d'erreur judiciaire résident, avant tout, dans la contradiction et l'exercice effectif (et non formel) des droits de la défense, c'est-à-dire dans les moyens qui permettent à l'accusé de contester le bien-fondé d'une accusation, et non ceux qui lui permettent de soulever des vices ou des erreurs de procédure.

Nous sommes de ceux qui pensent que la simplification des règles (prévoir des règles claires et simples) sert tant l'efficacité de la justice que le respect des droits : à l'inverse, le développement des garanties sous la forme d'un formalisme accru et la multiplication de règles techniques ne sert ni l'épée, c'est-à-dire l'efficacité de la justice, ni le bouclier, c'est à dire le respect des droits fondamentaux de la personne.

D. La jurisprudence de la Cour européenne comme justification d'atteintes aux droits de l'homme.

d'identification et de repérage téléphoniques introduites par la loi du 27 décembre 2004 portant des dispositions diverses (art. 46bis, § 1^{er}, al. 2. C.i.cr. et art. 88bis, § 1^{er}, al. 3 C.i.cr.), *M.B.*, 31 décembre 2004. Ces dernières dispositions, qui entreront en vigueur à une date fixée par arrêté royal, imposent au magistrat de solliciter un devis préalable à l'exécution de la mesure d'identification d'un numéro de téléphone ou de repérage téléphonique et de motiver sa décision en reflétant le caractère proportionnel eu égard au respect de la vie privée et subsidiaire à tout autre devoir d'enquête. Voyez, à ce sujet, D. VANDERMEERSCH, « Les recherches en matière de téléphonie et de (télé)communications », in *Colloque en droit pénal et procédure pénale*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 2006, pp. 32, 36, 62 et 63.

Comme nous l'avons vu, nombreux sont, dans les travaux parlementaires, les renvois à la jurisprudence de la Cour européenne comme cadre de référence dans l'élaboration de nouvelles législations : à première vue, nous devrions nous en réjouir.

Cependant, force est de constater que cette jurisprudence est parfois invoquée pour cautionner une marche en arrière du point de vue de la protection des droits fondamentaux, comme s'il suffisait aujourd'hui d'être en ordre vis-à-vis de la Cour européenne pour que les droits fondamentaux soient respectés.

Alors que les droits de l'homme consacrés par la CEDH étaient censés représenter le plus petit commun dénominateur des droits fondamentaux, au sens d'un standard minimum en matière de garanties des droits de l'homme entre les pays européens, on constate de plus en plus que la Convention est présentée comme le standard idéal à atteindre (les exigences de la Convention ne sont plus perçues comme un niveau plancher mais comme un « sommet » à atteindre).

Nous assistons ainsi à un nivellement par le bas où, dans leur examen des droits de l'homme, les Etats ne recherchent plus la distinction ou la grande distinction mais se contentent d'une maigre satisfaction, le cas échéant, en seconde session.

Dans ce contexte, nous évoquerons quelques exemples.

En droit interne, la protection du domicile est consacrée par l'article 15 de la Constitution. De façon constante, la Cour de cassation considère que le terme «domicile» au sens de l'article 15 de la Constitution et de l'article 439 du Code pénal désigne le lieu, en ce compris les dépendances propres y encloses, occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence réelle et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et plus généralement de sa vie privée⁵¹. Dans ce cadre, la Cour de cassation semble réserver la protection prévue par l'article 15 de la Constitution aux lieux occupés de façon durable à titre d'habitation et de logement.

Pourtant, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne, la notion de protection du domicile combinée avec celle de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 CEDH s'est vue reconnaître un champ d'application plus large que celle de domicile au sens de l'article 15 de la Constitution⁵². Ainsi, la Cour européenne a étendu la protection du domicile au sens de l'article 8 CEDH aux lieux où s'exerce une activité commerciale ou professionnelle⁵³. Par ailleurs, la Cour européenne inclut dans le droit au respect à la vie privée, le droit de mener sa vie, notamment sa vie sexuelle, à l'abri de toute ingérence extérieure⁵⁴.

⁵¹ Cass., 21 octobre 1992, *Pas.*, n° 679 avec les conclusions de l'avocat général B. JANSSENS de BISTHOVEN; Cass., 21 avril 1998, *Pas.*, n° 204 ; Cass., 20 décembre 2000, *Pas.*, n° 713, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 584; Cass., 8 septembre 2004, *Pas.*, n° 391.

⁵² Voyez les conclusions du ministère public avant Cass., 4 janvier 2006, www.cass.be.

⁵³ Cour. eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 467, *Journal des Tribunaux*, 1994, p. 65 et note E. JAKHIAN et P. LAMBERT, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats »; Cour eur. D.H., *Funcke, Crémieux et Miaillhe c. France*, 25 février 1993 ; Cour eur. D.H., *Société Colas Est et autres c. France*, 16 avril 2002 et Cour eur. D.H., *Van Rossem c. Belgique*, 9 décembre 2004; voyez également J. VELU et R. ERGEC, « Convention européenne des droits de l'homme », *R.P.D.B.*, Complément, t. VI, n° 678.

⁵⁴ Cour eur. D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981; Cour eur. D.H., *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993; Cour eur. D.H., *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 31 juillet 2000.

Cependant, c'est en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne et plus particulièrement à l'arrêt *Niemietz*⁵⁵ que le législateur du 27 décembre 2005⁵⁶ a introduit une nouvelle distinction entre le domicile privé (et les locaux professionnels d'un avocat ou d'un médecin) et les autres lieux privés, ces derniers jouissant d'un régime moins protecteur⁵⁷. Aux termes de l'article 46^{quinquies} nouveau, le procureur du Roi peut dorénavant effectuer un contrôle visuel discret dans un lieu privé qui ne constitue pas un domicile et ce, à toute heure et sans la garantie de l'intervention d'un juge d'instruction. Or, le contrôle visuel discret⁵⁸ s'apparente à une perquisition mais ne présente pas les mêmes garanties. A la différence de la perquisition, la pénétration dans le lieu privé s'opère ici sans l'autorisation d'un juge, à l'insu de l'occupant, sans témoin et avec la possibilité de ne pas procéder immédiatement aux saisies légales. En outre, après la visite des lieux, l'occupant est tenu dans l'ignorance de la pénétration des lieux par les forces de l'ordre.

Par ailleurs, à de nombreuses reprises au cours des débats parlementaires précédant le vote de la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, le ministre de la Justice a souligné que l'arrêt *Philips c. Royaume Uni*, rendu par la Cour européenne en date du 5 juillet 2001, donnait en quelque sorte le feu vert aux Etats parties désireux d'instaurer une procédure de répartition de la charge de la preuve en matière de confiscation⁵⁹.

De même, c'est en se fondant notamment sur la jurisprudence dégagée de l'arrêt *Edwards et Lewis* de la Cour européenne⁶⁰ que le législateur a conçu le nouveau mécanisme de contrôle largement unilatéral opéré par la chambre des mises en accusation quant à la régularité des méthodes particulières de recherche⁶¹.

C'est également sous couvert de l'article 4 de la CEDH que de nombreuses législations requièrent le consentement du prévenu avant le prononcé d'une mesure. L'on pense ainsi à la suspension, au sursis probatoire, à la médiation pénale, à la libération conditionnelle ou, plus récemment, à la peine de travail. Dans la mesure où cette précaution juridique semble superfétatoire, le consentement de l'intéressé traduirait plutôt une orientation de politique

⁵⁵ Cour. eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 467, *Journal des Tribunaux*, 1994, p. 65 et note E. JAKHIAN et P. LAMBERT, « Les perquisitions dans les cabinets d'avocats ».

⁵⁶ Loi du 27 décembre 2005 visant à améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée (*M.B.*, 30 décembre 2005).

⁵⁷ Exposé des motifs du projet de loi apportant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, *Doc. parl.*, Chambre, S.O., 2005-2006, 2055/001, p. 70 à 74.

⁵⁸ Par cette mesure, le juge d'instruction ou le procureur du Roi, suivant le cas, peut autoriser les services de police à pénétrer à tout moment dans un lieu privé à l'insu de son propriétaire ou de son occupant ou sans son consentement aux fins :

- d'inspecter les lieux et de s'assurer de la présence éventuelle de choses susceptibles d'être saisies ;
- de réunir les preuves de la présence de ces choses ;
- d'installer un dispositif d'observation (art. 46^{quinquies} et 89^{ter} C.i.cr.).

⁵⁹ M.-A. BEERNAERT, « La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 2003, p. 576 et 577 et les différentes références aux travaux parlementaires citées par cet auteur.

⁶⁰ Cour eur. D.H., *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*, 22 juillet 2003 (confirmé en Grande chambre par arrêt du 27 octobre 2004).

⁶¹ *Doc. parl.*, Chambre, S.O., 2005-2006, 2055/001, p. 51-52. On peut même douter de la compatibilité du nouveau régime mis en place avec la jurisprudence de la Cour européenne (voyez, à ce sujet, M. NEVE et M.-A. BEERNAERT, « Les méthodes particulières de recherche et autres méthodes d'enquête: de l'arrêt de la Cour d'arbitrage à la loi du 27 décembre 2005 », *Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 14, 2007, pp. 29-44.

criminelle tendant à faire participer le prévenu à sa propre peine en vue de le responsabiliser⁶².

Enfin, les cours et tribunaux n'ont pas échappé à ce phénomène de nivellement. Nous reprenons ici, à titre d'exemple la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'admission de la preuve obtenue irrégulièrement⁶³.

L'on enseignait traditionnellement que le juge ne pouvait former sa conviction concernant la culpabilité d'un prévenu sur la base d'une preuve illicite⁶⁴. Toutefois, s'écartant de ces règles traditionnelles, la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 14 octobre 2003 que la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu illicitement n'entraînait pas *ipso facto* l'exclusion de celui-ci⁶⁵. Dans les conclusions précédant cet arrêt, le procureur général M. De Swaef (alors avocat général) s'est référé notamment à la jurisprudence de la Cour européenne⁶⁶ pour proposer à la Cour de cassation l'admission, à certaines conditions, de preuves obtenues irrégulièrement⁶⁷.

Ainsi, suivant la Cour de cassation⁶⁸, le juge peut décider de prendre en considération comme preuve des éléments irrégulièrement produits aux conditions cumulatives suivantes :

- l'usage de la preuve ne compromet pas le droit à un procès équitable ;
- une règle de forme prescrite à peine de nullité n'a pas été méconnue;
- l'irrégularité commise n'a pas entaché la fiabilité de la preuve.

⁶² P. REYNAERT, « Pourquoi tant de peines ? La peine de travail ou les métastases de la pénalité alternative », in *L'exécution des peines*, Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°13, p.349. Voyez également D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in F. DIGNEFFE, Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, De Boeck-Larcier, Perspectives criminologiques, 2006, pp.323-342; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée », in Ph. GERARD, FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, F.U.S.L., 1996, pp. 529-579.

⁶³ Sur l'évolution récente de la jurisprudence en la matière, voyez A.M. VAN WOENSEL, « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal », *T. Strafr.*, dossier 1/2004, 25 p. et S. BERNEMAN, « Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal : een inleiding tot het Antigoon-arrest van 14 oktober 2003 », *T. Strafr.*, 2004, pp. 2-39 ; PH. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, pp. 133-143 ; F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *Journal des Tribunaux*, 2005, pp. 349-355; C. DE VALKENEER, « Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve ? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation », *Rev. dr. Pén. crim.*, 2005, pp. 685-695; F. KUTY, « Le droit de la preuve au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Questions d'actualité de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 53-107; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094-1109; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, La Charte, 2005, 1289 et s.

⁶⁴ Cass., 4 janvier 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 801; J. DE CODT, « Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve -Tendances récentes », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 3-66 et plus particulièrement pp. 59-66; B. DE SMET, « Le contrôle de la régularité de l'instruction et les mécanismes d'atténuation de la sanction de nullité », *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 772; R. DECLERCQ, v° Procédure pénale, *R.P.D.B.*, Complément IX, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 696, n° 1704.

⁶⁵ Cass., 14 octobre 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 617 et les conclusions de l'avocat général DE SWAEF, *T. Strafr.*, 2004, p. 129 et note PH. TRAEST ; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, n°165.

⁶⁶ Cour eur. D.H., *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1998 ; Cour eur. D.H., *Kahn c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000.

⁶⁷ Conclusions de l'avocat général DE SWAEF avant Cass., 14 octobre 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 617.

⁶⁸ Cass., 14 octobre 2003, *Rev. dr. Pén. crim.*, 2004, p. 617 et conclusions de l'avocat général DE SWAEF, *T. Strafr.*, 2004, p. 129 et note PH. TRAEST; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, n°165.

Selon les conclusions conformes du ministère public, « l'exclusion de la preuve qui donne lieu à l'acquiescement constitue une sanction qui ne peut être justifiée qu'en cas de violation consciente de la loi, de négligences graves ou de méconnaissance de principes relatifs au procès équitable »⁶⁹.

En dehors des trois hypothèses citées ci-dessus (forme prescrite à peine de nullité, irrégularité entachant la fiabilité de la preuve et usage contraire au procès équitable), la Cour de cassation considère que le juge doit apprécier l'admissibilité de la preuve à la lumière des articles 6 de la CEDH et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble, en ce compris la manière dont la preuve a été obtenue et les circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise⁷⁰.

Cette évolution de la jurisprudence permet au juge d'atténuer les conséquences de certaines irrégularités affectant un acte d'instruction ou l'obtention d'une preuve en lui laissant un pouvoir d'appréciation fort large et en lui permettant de prendre en compte comme preuve, à certaines conditions, des éléments irrégulièrement produits⁷¹.

La référence à la notion de procès équitable pour justifier l'admissibilité de la preuve irrégulière nous interpelle ici. Pour apprécier si une cause a été entendue équitablement au sens de l'article 6, §1er de la CEDH, il convient, suivant la Cour de cassation, de rechercher si la cause prise dans son ensemble a été l'objet d'un procès équitable devant un tribunal impartial⁷² en telle sorte que la qualité « équitable » du procès pris dans son ensemble pourrait neutraliser ou occulter l'une ou l'autre irrégularité commise dans la procédure⁷³. Dans cette optique, le label du procès équitable ne viendra-t-il pas bientôt couvrir ou cautionner des violations des droits fondamentaux, certes ponctuelles, mais de plus en plus attentatoires à ces droits ?

D. *L'instrumentalisation des droits de l'homme à des fins sécuritaires ou la peur comme mode de construction de la norme pénale.*

La seconde partie de cette contribution s'inscrit également dans la thématique du colloque qui évoque une inversion du rôle des droits de l'homme dans la construction du droit pénal et de la procédure pénale. Naviguant entre la nécessité de respecter les droits et libertés individuelles et la nécessité de lutter contre certaines formes de criminalité, les Etats sont à la recherche constante d'un équilibre entre sécurité et liberté. Il faudrait toutefois se garder d'opposer ces deux concepts inhérents à tout Etat de droit. Ainsi, la lutte contre le terrorisme - en ce qu'il porte atteinte à certains droits fondamentaux - participe indéniablement au respect des droits de l'homme et le respect de ces derniers participe indiscutablement à l'efficacité de la justice⁷⁴. Reste à savoir si le souci d'efficacité dans la prévention sinon dans la prédiction

⁶⁹ Conclusions de l'avocat général DE SWAEF avant Cass., 14 octobre 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 617.

⁷⁰ Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, n°165.

⁷¹ Voyez Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, n°165 ; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211 et conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *Journ. Proc.*, 2005, n° 499, pp. 29-31 et note de PH. TOUSSAINT, *R.D.P.C.*, 2005, p. 685 et note de C. DE VALKENEEER, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086 et note de M.-A. BEERNAERT.

⁷² Cass., 18 mai 1994, *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 78; Cass., 15 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 4.

⁷³ Dans cette optique, la Cour de cassation considère que lorsque, devant la juridiction de jugement, le prévenu fait état d'une violation du droit à un procès équitable au cours de l'instruction préparatoire, le juge apprécie si cette prétendue violation a rendu impossible un procès équitable devant la juridiction de jugement (Cass., 15 janvier 1991, *Pas.*, I, p. 444).

⁷⁴ La Cour européenne est venue souligner que « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention », arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 89.

des risques ne viendrait pas alimenter une forme d'utilitarisme pénal qui tendrait à reléguer à l'arrière plan les considérations de vérité et de justice.

Si personne ne conteste le droit de la société à se doter de moyens visant à lutter efficacement contre différentes formes de criminalité, l'administration de la justice pénale ne peut cependant se faire à n'importe quel prix et doit respecter un certain nombre de valeurs inhérentes au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Comme le soulignait Olivier De Schutter, l'obligation qu'a l'Etat de protéger les citoyens et la société ne s'étend pas au point de contraindre l'Etat à violer son obligation de respecter les droits fondamentaux⁷⁵. La Cour européenne l'a rappelé à plusieurs reprises à propos des droits dits absolus que sont notamment le droit à la vie et l'interdiction de la torture qui ne souffrent d'aucune dérogation même, dit la Cour « dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé »⁷⁶.

Pour les autres droits, la Cour européenne ne remet pas en question le recours par les États à des techniques spéciales d'enquête en vue de lutter contre la grande délinquance⁷⁷ mais exige que leur utilisation soit soumise à plusieurs conditions. Ainsi, dans une affaire où des policiers s'étaient fait passer pour des acheteurs d'héroïne afin d'inciter le prévenu à commettre l'infraction de vente de stupéfiants, la Cour est venue rappeler que les règles relatives à l'administration de la preuve sont les mêmes pour tout le monde quelle que soit l'infraction commise: « L'intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties même lorsqu'est en cause la répression du trafic de stupéfiants. En effet, si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins que, dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on en saurait le sacrifier à l'opportunité. Les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 s'appliquent aux procédures concernant tous les types d'infractions criminelles, de la plus simple à la plus complexe. L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière »⁷⁸.

L'utilisation de techniques particulières d'enquête peut également s'avérer contraire à l'article 8 de la CEDH dans la mesure où elles constituent une ingérence dans la vie privée des citoyens. En effet, ces techniques impliquent le plus souvent le recours à la ruse de la part de l'agent pour tromper le suspect sur son identité et ses mobiles afin d'obtenir des aveux qu'il n'aurait pas pu obtenir autrement. Conformément à l'article 8 de la CEDH, la jurisprudence européenne exige que cette ingérence soit prévue par la loi, une loi suffisamment accessible et précise ; qu'elle soit nécessaire et proportionnée aux buts poursuivis c.à.d. qu'elle soit réservée à la répression de certaines formes de criminalité grave et à la seule condition que les méthodes classiques d'investigation se révèlent inadéquates. Enfin, l'Etat doit contrebalancer

⁷⁵ O. DE SCHUTTER, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in E. BRIBOSIA, A. WEYENBERGH (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Collection Droit et Justice, n°34, Bruxelles, Némésis-Bruylant, 2002, p. 92.

⁷⁶ Cour. eur. D.H., *Labita c. Italie*, 6 avril 2000, § 119. Voyez aussi, *Tomasi c. France*, 27 août 1992, § 115 : « Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne ».

⁷⁷ Ainsi, dans l'arrêt *Lüdi c. Suisse*, la Cour a admis le recours aux opérations *undercover*, 15 juin 1992, *Rev. Trim. D.H.*, 1993, p. 309 et obs. De Valkeneer. Dans l'arrêt *Kotovski c. Pays-Bas*, la Cour a considéré que l'utilisation de témoignages anonymes pour asseoir une condamnation n'est pas en toutes circonstances incompatible avec la CEDH, 20 novembre 1989. Voyez aussi l'arrêt *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984.

⁷⁸ Cour eur. D.H., *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, § 36. Cet arrêt est venu confirmer une jurisprudence antérieure, voyez notamment Cou. Eur. D.H., *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970 et *Kostovski c. Pays-Bas*, 20 novembre 1989.

l'atteinte à la vie privée par la mise en place de mécanismes de contrôle susceptibles de contrer les abus et d'assurer le respect des droits de la défense⁷⁹.

La focalisation de la politique criminelle sur certains contentieux autorise cependant les Etats à recourir à des moyens exorbitants tant dans l'incrimination des comportements que dans l'élaboration d'instruments permettant d'appréhender et de poursuivre les auteurs de ces comportements. Qu'il s'agisse de la criminalité organisée ou du terrorisme, on ne compte plus le nombre de lois pénales qui ont été adoptées récemment et qui se targuent de lutter contre ces phénomènes. L'on pense ainsi à la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles⁸⁰ : « le présent projet de loi constitue la première mesure de mise en oeuvre du plan d'action contre la criminalité organisée adopté par le gouvernement le 28 juin 1996 »⁸¹ ; à la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins : « le présent projet de loi s'inspire de l'intention du gouvernement d'élaborer des mesures législatives particulières pour lutter contre la grande criminalité organisée »⁸² ; à la loi du 7 juillet 2002 relative à la protection des témoins menacés : « le présent projet vise à combattre plus efficacement la criminalité grave et la criminalité organisée en prévoyant une protection adéquate pour les personnes pouvant fournir des informations utiles en la matière »⁸³ ; à la loi du 2 août 2002 relative au recueil des déclarations au moyen de médias audiovisuels : « la possibilité d'entendre des personnes à distance est particulièrement intéressante dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée »⁸⁴ ; à la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale⁸⁵ : « le présent projet de loi répond à la volonté du Gouvernement d'élaborer des mesures législatives spéciales de lutte contre la criminalité grave et la criminalité organisée »⁸⁶ ; à la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête⁸⁷ : « le projet de loi s'inscrit dans une politique gouvernementale qui prévoit une approche globale de la criminalité organisée et du grand banditisme »⁸⁸ ; à la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes⁸⁹ : « à la suite des attentats perpétrés le 11 septembre 2001 contre le World Trade Center à New York et le Pentagone à Washington (E-U), la lutte contre le terrorisme est considérée plus que jamais comme un objectif prioritaire de l'Union européenne »⁹⁰ et à la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le

⁷⁹ Voyez notamment, Cour. Eur. D.H., *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997 ; Cour. Eur. D.H., *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996.

⁸⁰ *M.B.*, 26 février 1999.

⁸¹ Projet de loi relatif aux organisations criminelles, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 1996-1997, n°50-954/1, p.1.

⁸² Projet de loi relatif aux témoins anonymes, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2000-2001, n°50-1185/1, p.4.

⁸³ Projet de loi réglant la protection des témoins menacés, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2000-2001, n°50-1483/1, p.1.

⁸⁴ Projet de loi relatif à l'enregistrement de déclarations au moyen de médias audiovisuels, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2001-2002, 1590/1, p.3.

⁸⁵ *M.B.*, 14 février 2003 (2^{ème} ed.).

⁸⁶ Projet de loi portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2001-2002, n°50-1601/1, p.5.

⁸⁷ *M.B.* du 12 mai 2003. La loi a été partiellement annulée par l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 décembre 2004 (n°202/2004).

⁸⁸ Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquêtes, Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2001-2002, n°50-1688/13, p.3.

⁸⁹ *M.B.* du 29 décembre 2003.

⁹⁰ Projet de loi relatif aux infractions terroristes, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2003, n°50-258/1, p.5.

terrorisme et la criminalité grave et organisée⁹¹ qui vise explicitement à « améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme », le gouvernement n'hésitant pas non plus à se référer explicitement aux attentats de New York, Madrid et Londres⁹².

Ces différentes lois autorisent l'utilisation de dispositifs dérogatoires au droit commun et particulièrement intrusifs dans la vie privée que sont notamment les techniques d'infiltration policière ou les opérations *undercover*, la provocation policière, le témoignage anonyme, les écoutes téléphoniques, l'observation avec prise de photos à l'insu de l'intéressé, le contrôle des comptes bancaires, le contrôle visuel discret... L'extension de leur champ d'application tend cependant à généraliser l'exception. Ce processus de contamination d'un droit pénal démesuré hors de ses frontières originaires n'est pas neuf : il n'en est pas moins inquiétant, finissant par peser de manière substantielle sur les principes généraux du droit pénal et de la procédure pénale. Un certain nombre de constats peuvent ainsi être posés quant aux atteintes que ces lois occasionnent aux principes de *légalité*, de *proportionnalité* et de *subsidiarité*.

1. Une légalité douteuse

La Cour européenne a rappelé à plusieurs reprises l'importance de l'exigence de la légalité des incriminations et des peines indirectement consacré par l'article 7 de la CEDH⁹³ : « La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires »⁹⁴.

Certes, la Cour européenne a précisé que : « Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation »⁹⁵ mais elle a rappelé à plusieurs reprises que le principe de légalité implique qu'une infraction soit clairement définie par la loi. « Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »⁹⁶.

Certaines des lois belges adoptées sous le couvert de lutte contre la criminalité grave et organisée et le terrorisme semblent heurter de plein fouet le principe de légalité tel que

⁹¹ M.B. du 30 décembre 2005. Cette loi fait à nouveau l'objet de plusieurs recours devant la Cour d'arbitrage, M.B. du 28 juillet 2006 (2^{ème} ed.).

⁹² « Après les attentats de New York, de Madrid et de Londres, le Gouvernement estime qu'il convient de renforcer la lutte contre le terrorisme en permettant aux autorités judiciaires d'user de moyens d'investigation plus appropriés à la complexité de ce phénomène criminel », Projet de loi apportant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, 2005-2006, n°51- 2055/1, p.34.

⁹³ Le principe est également consacré par l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁹⁴ Cour. Eur. D.H., S.W. et C.R. c. *Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 34.

⁹⁵ *Ibidem*, § 36.

⁹⁶ Cour. Eur. D.H., *Kokkinakis* c. Grèce, 25 mai 1993, § 52. Voyez également S.W. et C.R. c. *Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 35, *Cantoni* c. France, 15 novembre 1996, § 29 et *Streletz, Kessler et Krenz* c. Allemagne, 22 mars 2001, § 50.

consacré par l'article 12, al. 2 de la Constitution tant elles pèchent par leur imprécision quant aux définitions légales des comportements qu'elles incriminent.

Ainsi, la loi relative aux organisations criminelles introduit, dans le Code pénal, un article 324^{bis} qui définit l'organisation criminelle et un article 324^{ter} qui stipule en son § 1^{er} que « Toute personne qui, sciemment et volontairement, fait partie d'une organisation criminelle, est punie (...) même si elle n'a pas l'intention de commettre une infraction dans le cadre de cette organisation ni de s'y associer » tandis que le § 2 punit « Toute personne qui participe à la préparation ou à la réalisation de toute activité licite de cette organisation criminelle, alors qu'elle sait que sa participation contribue aux objectifs de celle-ci (...) ». L'intention du législateur était limpide puisqu'il s'agissait de « permettre de sanctionner des personnes non plus en raison de leur participation personnelle à des infractions ou de leur intention personnelle de commettre des infractions, mais en raison de leur appartenance même à des organisations criminelles »⁹⁷. Plusieurs auteurs et associations ont critiqué la lourdeur et l'imprécision de la notion d'appartenance à une organisation criminelle qui ne permet pas de savoir sous quelles conditions l'infraction est établie⁹⁸. Le Conseil d'Etat ne s'est pas montré plus indulgent à l'égard du projet : « Le texte contient de nombreuses incertitudes de sorte qu'il ne peut être mis en oeuvre par le juge qu'au prix d'une interprétation qui pourrait bien devoir prendre les allures d'une véritable construction complémentaire. Ces incertitudes affectent chacun des deux éléments essentiels du projet : la notion d'organisation criminelle et celle de participation à une telle organisation (...) Il y a sans doute quelque paradoxe, voire une contradiction, à annoncer, comme le fait l'intitulé, que la loi entend incriminer la participation à une organisation criminelle, alors que (le) projet punit l'appartenance en spécifiant que celle-ci peut exister indépendamment de toute participation à l'activité illicite de l'organisation »⁹⁹.

Il en va de même concernant la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes qui insère dans le Code pénal la notion « d'infractions terroristes » et celle « d'infractions relatives à un groupe terroriste ». Cette loi vise à transposer en droit belge la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁰⁰. La transposition doit toutefois respecter l'exigence du principe de la légalité des incriminations, comme l'a rappelé la Cour européenne dans l'arrêt *Cantoni* : « La circonstance (...) que l'article L. 511 du code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 ne le soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention »¹⁰¹.

L'article 137, § 1^{er} du Code pénal définit l'infraction terroriste comme une infraction qui « de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et est commise intentionnellement dans le but d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser

⁹⁷ Projet de loi relatif aux organisations criminelles, *op.cit.*, p.2.

⁹⁸ Voyez notamment G.-H. BEAUTHIER, « Le projet de loi relatif aux organisations criminelles », *La Revue Nouvelle*, 1997, n°12, pp.10-17 ; C. SAGESSER, « Le projet de loi relatif aux organisations criminelles », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1592, 1998, 33p ; J.-C., PAYE, « Les définitions légales de l'organisation criminelle », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1916, 2000, 43p ; C. ANCIAUX, *Les droits de l'homme ici et maintenant*, Ed. Luc Pire et la Ligue des droits et de l'homme, p. 53-59.

⁹⁹ Projet de loi relatif aux organisations criminelles, Avis du Conseil d'Etat, *op. cit.*, p.214 et 15.

¹⁰⁰ La loi vise aussi à transposer la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999. Voyez l'article 141 Code pénal.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., *Cantoni c. France*, 5 novembre 1996, § 30.

ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ». Comme on peut le voir, c'est dès lors essentiellement l'élément intentionnel de l'auteur de l'infraction qui définira l'infraction terroriste et la distinguera de l'infraction de droit commun. Plusieurs associations de défense des droits de l'homme ont critiqué le recours à des termes tels que « nature », « contexte », « contraindre indûment », « gravement déstabiliser » trop imprécis pour qualifier l'infraction terroriste et octroyant *de facto* une large marge d'appréciation au pouvoir judiciaire. Elles interrogeaient notamment la possibilité d'incriminer une activité sociale ou politique indésirable via les infractions terroristes¹⁰².

Selon le Conseil d'Etat, il pourrait certes y avoir des difficultés dans certains cas à constater l'intention criminelle requise par la loi mais « de pareilles définitions n'abandonnent pas au juge un pouvoir d'appréciation à ce point étendu qu'elles empêcheraient les personnes visées d'évaluer les conséquences pénales de leur comportement et ne lui confèrent pas un pouvoir autonome d'incrimination qui empiéterait sur les compétences du législateur »¹⁰³.

Enfin, la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête s'abstient de donner une définition claire des méthodes particulières de recherche, au nom du caractère évolutif des méthodes en question, se contentant de préciser qu'elles doivent poursuivre une finalité judiciaire : « décrire la notion de méthodes particulières de recherche est une tâche délicate. Il s'agit en effet d'une notion évolutive qui a déjà subi par le passé des modifications et qui en subira certainement d'autres dans le futur. C'est pourquoi le projet de loi ne donne pas une définition globale de la notion, mais se borne à énumérer les trois méthodes de recherche et à en décrire l'objectif (...) Le fait important est que toutes les méthodes particulières de recherche mises en œuvre – l'observation, l'infiltration et le recours à des indicateurs – doivent viser à aider les autorités judiciaires ou le juge pénal à statuer dans le cadre de la procédure pénale et elles poursuivent donc la même finalité judiciaire »¹⁰⁴. Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'Etat avait pourtant rappelé que « la base légale doit être suffisamment accessible et prévoir, avec une précision suffisante, dans quelles circonstances et sous quelles conditions les autorités pourront recourir à ce genre de méthodes d'investigation »¹⁰⁵.

Saisie de recours en annulation ou de questions préjudicielles sur ces lois, la Cour d'arbitrage a rappelé, conformément à la jurisprudence européenne, que le principe de légalité en matière pénale procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. « Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation ».

¹⁰² Voyez notamment le communiqué de presse du 2 décembre 2003 de la Ligue des droits de l'homme ainsi que la motion « relative aux conséquences de la 'loi antiterroriste' votée par le parlement en 2003 et à la menace qu'elle représente pour les droits et libertés fondamentaux » de la Centrale Générale Bruxelles – Vlaams Brabant (FGTB) du 28 novembre 2006.

¹⁰³ Projet de loi relatif aux infractions terroristes, Avis du Conseil d'Etat, *op.cit.*, p.30.

¹⁰⁴ Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquêtes, *op.cit.*, n°50-1688/1, p.8.

¹⁰⁵ Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquêtes, Avis du Conseil d'Etat, *op.cit.*, n°50-1688/1, p. 133.

Elle a néanmoins considéré, à propos de l'article 324^{ter} du Code pénal que l'infraction d'appartenance à une organisation criminelle est suffisamment précise pour permettre à toute personne d'en connaître l'élément matériel et l'élément moral de sorte que l'article 324^{ter} ne viole pas les articles 12 et 14 de la Constitution¹⁰⁶. Quant à la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, si la Cour d'arbitrage reconnaît que l'élément intentionnel de l'infraction terroriste pourrait dans certains cas donner lieu à des difficultés d'interprétation, elle considère néanmoins que le choix des termes «gravement», «indûment» ou «détruire» et l'obligation d'interpréter strictement les textes pénaux circonscrivent de manière suffisante les éléments constitutifs de l'infraction terroriste et permettent raisonnablement à toute personne physique ou morale de connaître à l'avance les conséquences pénales des comportements qu'elle adopterait¹⁰⁷. Enfin, concernant les méthodes particulières de recherche, après avoir rappelé que les principes de légalité et de prévisibilité de la procédure pénale sont applicables à l'ensemble de la procédure, en ce compris les stades de l'information et de l'instruction, la Cour d'arbitrage conclura à l'absence de violation des articles 12, al. 2 et 22 de la Constitution en raison des limites assignées à la mise en œuvre des méthodes particulières de recherche¹⁰⁸.

La Cour d'arbitrage adopte ici une position particulièrement restrictive du principe de légalité se montrant moins frileuse lorsqu'il s'agit de le défendre dans d'autres domaines¹⁰⁹. Cette flexibilité traduit certainement son hésitation face aux évolutions qui affectent les contours du principe de légalité en matière pénale¹¹⁰.

2. Un principe de subsidiarité éreinté

Le principe de subsidiarité impose de ne recourir à l'arme pénale qu'en dernier ressort, après avoir épuisé d'autres modes de résolution des conflits moins contraignants. La Cour européenne a ainsi demandé aux gouvernements, dans le domaine de la presse, « de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il y a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires »¹¹¹. Dans une autre affaire, la Cour a considéré que la condamnation pénale de journalistes qui avait porté atteinte à la présomption d'innocence en publiant des informations dans la presse relative à une constitution de partie civile, « ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite des buts légitimes visés » dans la mesure où il existait « d'autres mécanismes protecteurs des droits des personnes mises en cause »¹¹². La Cour a également relevé que le délit d'offense prévu en

¹⁰⁶ C.A., 11 mai 2005, n°92/2005. Voyez également l'arrêt 116/2005 du 30 juin 2005 (www.arbitrage.be).

¹⁰⁷ C.A., 13 juillet 2005, n° 125/2005 (www.arbitrage.be).

¹⁰⁸ C.A., 21 décembre 2004, n°202/2004, § B.4.1. à B.4.5 (www.arbitrage.be).

¹⁰⁹ Voyez notamment l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 mai 2003, n°69/2003 à propos de la loi-programme du 30 décembre 2001 relatif aux télécommunications (Pour un commentaire de cet arrêt, voyez M. Nihoul, "A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal", *J.T.*, 3 janvier 2004, n°6121, pp.2-6) et l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 20 octobre 2004, n°158/2004 à propos de la loi du 3 mai 2003 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes et antiseptiques (Pour un commentaire de cet arrêt, voyez C., Guillain, "La loi sur les stupéfiants à l'aune du principe de légalité des incriminations et des peines", *J.T.*, 22 janvier 2005, n°6166, pp.63-65).

¹¹⁰ Pour plus de plus amples développements, voyez M. van DE KERCHOVE, « Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Kluwer, 2001, pp. 299-320; A. JACOBS, « Le principe de légalité en matière pénale au regard de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », in *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Universitair Pers Leuven, 2005, pp.821-845 ; E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », *Journal des Tribunaux*, 2006, n°6232, pp.477-489.

¹¹¹ Cour. eur. D.H., *Sürek c. Turquie* (n°2), 8 juillet 1999, § 34.

¹¹² Cour. eur. D.H., *Du Roy et Malaurie c. France*, 3 octobre 2000, § 36 et 37.

droit français et qui confère aux chefs d'Etat étrangers un régime exorbitant au droit commun, porte atteinte à la liberté d'expression : « les autorités nationales elles-mêmes semblent admettre que pareille incrimination n'est pas une mesure nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un tel but, d'autant plus que l'incrimination de diffamation et d'injure, qui est proportionnée au but poursuivi, suffit à tout chef d'Etat, comme à tout un chacun, pour faire sanctionner des propos portant atteinte à son honneur ou à sa réputation ou s'avérant outrageants »¹¹³. Dans le contexte des négligences médicales, la Cour a affirmé que : « si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale (...) pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées »¹¹⁴.

L'on peut interroger la compatibilité des lois antiterroristes avec le principe de subsidiarité dans la mesure où ces lois viennent « doubler des incriminations existantes sous l'étiquette de terrorisme »¹¹⁵. Le Code pénal regorge d'infractions qui autorisent la poursuite et la condamnation des actes qualifiés de terroristes¹¹⁶. L'on pense ainsi notamment aux incriminations d'association de malfaiteurs ou d'organisation criminelle. Ce constat n'est cependant pas propre à la Belgique et permet de questionner la propension grandissante de l'Union européenne à édifier des normes pénales qui s'imposent aux gouvernements.

La loi du 19 décembre 2003 n'aurait en effet jamais vu le jour sans la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002¹¹⁷ relative à la lutte contre le terrorisme. Si les décisions-cadres sont dépourvues d'effet direct, elles lient néanmoins les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens¹¹⁸. Or, la décision-cadre du 13 juin 2002 vise explicitement l'imposition de « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives » et pose clairement le principe de l'aggravation des peines pour les infractions terroristes. Dans ces conditions, les Etats membres se voient non seulement imposer une obligation de résultat mais également de moyens puisque ceux-ci ne disposent plus du choix des armes pour sanctionner un comportement. La loi du 19 décembre 2003 s'inscrit résolument dans cette optique puisqu'elle aggrave les peines prévues pour les infractions de droit commun lorsqu'elles sont commises à des fins terroristes et instaure des peines de réclusion pour les nouvelles infractions terroristes.

A l'instar d'autres auteurs, on peut s'inquiéter de cette technique législative de plus en plus

¹¹³ Cour. eur. D.H., *Colombani c. France*, 25 juin 2002, § 67.

¹¹⁴ Cour. eur. D.H., *Calvelli et Ciglio c. Italie*, 17 janvier 2002, § 51. Voyez aussi l'arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004 où la Cour décide, suite à une erreur médicale ayant entraîné la mort d'un fœtus, que « les poursuites pénales ne s'imposaient donc pas en l'espèce » (§ 94).

¹¹⁵ Ph. MARY, « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte contre la délinquance urbaine' », *Rev. sc. crim.*, 2006, p.478.

¹¹⁶ Voyez notamment, M.-L., CESONI, « Terrorisme et involutions démocratiques », *Rev. dr.pén. crim.*, 2002, p. 141 à 153 et A. WEYEMBERGH, « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERG (dir.), *op. cit.*, p.171-172.

¹¹⁷ Cette décision-cadre fait suite au plan d'action du Conseil de l'Union européenne du 21 septembre 2001 contre le terrorisme lancé après les attentats du 11 septembre 2001.

¹¹⁸ Art. 34, §2, b) du Traité sur l'Union européenne.

répandue dans le domaine pénal: «Des questions particulièrement sensibles touchant aux libertés individuelles sont ainsi soustraites à un véritable débat parlementaire au niveau national (...) sans être pour autant soumises à un réel contrôle parlementaire au niveau européen»¹¹⁹. Le pouvoir exécutif européen se voit ainsi reconnaître un pouvoir autonome d'incrimination en matière pénale qui empiète largement sur les compétences du législateur national, enfreignant ainsi le principe de la séparation des pouvoirs.

Sur le plan de la procédure pénale, le principe de subsidiarité, impose que l'on ne recoure à des dispositifs d'exception que si les autres moyens d'enquête, ne suffisent pas à la manifestation de la vérité. La Cour européenne vient encore de le rappeler dans le cadre d'un trafic de stupéfiants où le prévenu s'était vu administré de force un émétique afin de régurgiter le sachet de 0,2 grammes de cocaïne qu'il avait avalé. La Cour a jugé que « les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. Elles l'ont forcé à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives (...) Les autorités de poursuite auraient pu simplement attendre l'élimination de la drogue par les voies naturelles ». La Cour conclut à la violation de l'article 3 en ce que la pratique utilisée par les autorités allemandes s'apparente à un traitement inhumain et dégradant et à celle de l'article 6 dans la mesure où l'utilisation comme preuve de stupéfiants recueillis grâce à l'administration de force de l'émétique au requérant a frappé d'iniquité l'ensemble du procès. La Cour en profite pour rappeler que « les exigences générales d'équité posées à l'article 6 s'appliquent à toutes les procédures pénales quel que soit le type d'infraction concerné (...) les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant »¹²⁰.

Afin de tempérer le caractère dérogatoire des dispositifs mis en place dans le cadre de la lutte contre la criminalité grave et organisée et le terrorisme, le principe de subsidiarité a été inscrit dans de nombreuses législations. Ainsi, le principe est notamment consacré pour les mesures d'investigation suivantes : l'identification d'un titulaire d'un service de télécommunication¹²¹, le contrôle visuel discret¹²², l'observation¹²³, l'infiltration¹²⁴, le témoignage anonyme¹²⁵, le repérage de communications téléphoniques¹²⁶, l'extension de recherche informatique¹²⁷, les écoutes téléphoniques¹²⁸ et la protection des témoins¹²⁹.

¹¹⁹ M.-A. BEERNAERT, « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union européenne », *J.T.*, 2004, p.586. Dans son recours en annulation devant la Cour d'arbitrage à l'encontre de la loi relative au mandat d'arrêt européen du 19 décembre 2003 (*M.B.*, 22 décembre 2003) qui transpose la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres de l'Union européenne, l'a.s.b.l. *Advocaten voor de wereld*, pose un constat similaire : « Les décisions-cadres étant contraignantes pour les Etats membres en ce qui concerne le résultat à atteindre et le calendrier, le contrôle démocratique parlementaire est vidé de toute substance », n° 124/2005 du 13 juillet 2005.

¹²⁰ Cour. eur. D.H., *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006.

¹²¹ Art. 46bis, § 1^{er}, al. 2, C.i.cr. tel que modifié par la loi du 27 décembre 2004 dont la date d'entrée en vigueur doit être fixée par arrêté royal.

¹²² Art. 46quinquies, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.i.cr.

¹²³ Art. 47sexies, § 2, al. 1^{er}, C.i.cr.

¹²⁴ Art. 47octies, § 2, al. 1^{er}, C.i.cr.

¹²⁵ Art. 86bis, § 2, C.i.cr.

¹²⁶ Art. 88bis, § 1^{er}, al. 3, C.i.cr. tel que modifié par la loi du 27 décembre 2004 dont la date d'entrée en vigueur doit être fixée par arrêté royal.

¹²⁷ Art. 88ter, § 1^{er} C.i.cr.

¹²⁸ Art. 90ter, § 1^{er}, C.i.cr.

¹²⁹ Art. 104, § 1^{er}, al. 1^{er} C.i.cr.

Mais, face à cette inflation sans qu'une hiérarchie ne soit établie entre les différentes mesures, on peut se demander si la condition de subsidiarité a encore un caractère opérationnel. Le constat est d'autant plus flagrant que le législateur a parfois pondéré lui-même le principe. Ainsi, les travaux parlementaires de la loi du 6 janvier 2003 précise que le critère de subsidiarité doit s'apprécier *a priori* et *in abstracto*, admettant dès lors qu'il n'est pas nécessaire d'avoir épuisé les moyens d'enquête classiques avant de recourir aux méthodes particulières de recherche¹³⁰. En outre, les principes de proportionnalité et de subsidiarité ne s'imposent pas au procureur du Roi lorsqu'il décide de recourir aux indicateurs¹³¹. Les risques de dérapage sont d'autant plus grands que la loi du 27 décembre 2005 a prévu que le procureur du Roi puisse autoriser les indicateurs à commettre des infractions alors que de l'aveu même du gouvernement, l'indicateur, de par les liens qu'il entretient avec le milieu criminel, « n'offre pas du tout les mêmes garanties que l'infiltrant-fonctionnaire de police et l'expert civil »¹³².

L'on pourrait ainsi opérer un parallèle avec la loi italienne autorisant le recours aux repentis et pour laquelle la Cour européenne a considéré que : « La Cour est consciente que la collaboration des 'repentis' représente un instrument très important dans la lutte que les autorités italiennes mènent contre la mafia. L'utilisation de leurs déclarations pose cependant un certain nombre de problèmes délicats car, de par leur nature, pareilles déclarations sont susceptibles d'être le résultat de manipulations, de poursuivre uniquement le but d'obtenir les bénéfices que la loi italienne accorde aux 'repentis' ou encore de viser des vengeances personnelles. La nature parfois ambiguë de ces déclarations et le risque qu'une personne puisse être mise en accusation et arrêtée sur la base d'allégations non contrôlées et pas forcément désintéressées ne doivent dès lors pas être sous-estimés (...) Pour ces raisons, comme les juridictions internes le reconnaissent, les déclarations des 'repentis' doivent être corroborées par d'autres éléments ; en outre, les témoignages indirects doivent être confirmés par des éléments objectifs »¹³³.

Le parallèle est d'autant plus troublant que l'autorisation par laquelle le procureur du Roi autorise un indicateur à commettre une infraction est versée dans un dossier séparé et confidentiel de la procédure qui n'est soumis à aucun contrôle effectif ni débat contradictoire¹³⁴.

3. Une proportionnalité bousculée

Si le législateur décide de recourir à l'arme pénale pour sanctionner un comportement, encore faut-il qu'il fasse preuve de pondération dans le choix des armes afin de privilégier la réaction la moins lourde pour le justiciable au regard de l'infraction commise.

¹³⁰Projet de loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquêtes, op.cit., n°50-1688/1, p.78. Sur ce point, voyez C. GUILLAIN, Y. CARTUYVELS, « Les méthodes particulières de recherche : entre liberté et sécurité », *Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 14, 2007, pp.147-160.

¹³¹ Contrairement aux autres méthodes particulières de recherche que sont l'observation et l'infiltration.

¹³² Projet de loi apportant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, op.cit., n°51- 2055/1, p.78.

¹³³ Cour. Eur. D.H., *Labita c. Italie*, 6 avril 2000, § 157 et 158.

¹³⁴ Sur ce point, la Cour d'arbitrage a néanmoins considéré que « le contrôle de la légalité de la mise en oeuvre de certaines méthodes particulières de recherche est insuffisant pour vérifier si l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elles occasionnent est justifiée et s'il n'est pas porté une atteinte disproportionnée aux exigences du procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », C.A., 21 décembre 2004, n°202/2004, § 28 (www.arbitrage.be).

La Cour européenne a ainsi considéré que la sanction consistant à déchoir automatiquement les détenus condamnés du droit de vote était disproportionnée et entraînait une violation de l'article 3 du protocole additionnel n°1 qui consacre le droit à des élections libres : « La Cour admet qu'il s'agit d'un domaine où le législateur national doit jouir d'une large marge d'appréciation pour déterminer s'il se justifie encore de nos jours de restreindre le droit de vote des détenus et, dans l'affirmative, comment établir un juste équilibre » mais « elle ne saurait admettre qu'une interdiction absolue de voter pour tout détenu purgeant sa peine, et ce quelles que soient les circonstances, relève d'une marge d'appréciation acceptable »¹³⁵. De même, la Cour a considéré qu'il y avait violation de l'article 8 de la CEDH lorsqu'une interdiction d'exercer les droits parentaux est attachée automatiquement à toute condamnation pénale : « La Cour relève qu'en droit roumain, l'interdiction d'exercer les droits parentaux s'applique automatiquement et d'une manière absolue à titre de peine accessoire à toute personne qui exécute une peine de prison, sans aucun contrôle de la part des tribunaux et sans aucune prise en considération du type d'infraction et de l'intérêt des mineurs. Dès lors, elle constitue plutôt un blâme moral ayant comme finalité la punition du condamné et non pas une mesure de protection de l'enfant »¹³⁶. Concernant les peines prévues dans le domaine de la presse, la Cour a également sanctionné le non-respect de l'objectif de proportionnalité en ces termes : « Si l'atteinte portée par les autorités nationales au droit à la liberté d'expression des requérants pouvait se justifier par le souci de rétablir l'équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu, la sanction pénale infligée aux intéressés et les interdictions dont les juridictions nationales l'avaient assortie étaient manifestement disproportionnées, par leur nature et par leur lourdeur, au regard du but légitime poursuivi par la condamnation des intéressés pour insulte et calomnie »¹³⁷.

L'on peut légitimement se poser la question de la proportionnalité des peines prévues respectivement par les lois adoptées en vue de lutter contre la criminalité grave et financière ainsi que contre le terrorisme. Ainsi, toute personne qui fait partie d'une organisation criminelle « même si elle n'a pas l'intention de commettre une infraction » est susceptible d'encourir une peine d'emprisonnement d'un à trois ans tandis que le dirigeant de l'organisation peut encourir une peine de réclusion de dix à quinze ans. De même, la loi du 19 décembre 2003 augmente les peines prévues pour les infractions de droit commun lorsqu'elles sont commises à des fins terroristes et instaure des peines de réclusion pour les nouvelles infractions terroristes. Certes, certaines infractions impliquent des comportements particulièrement graves pouvant, par ailleurs, emporter des peines tout aussi importantes en droit commun mais l'on vient de voir que ces lois, de par leur imprécision, couvre un champ d'application fort large et l'on sait aussi, qu'au-delà des qualifications juridiques, des dossiers peuvent recouvrir des réalités fort différentes¹³⁸. Pour reprendre les termes de Didier Bigo : « le passage au terrorisme – de même d'ailleurs qu'à la criminalité organisée – repose sur une

¹³⁵ Cour. eur. D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2), 30 mars 2004 (confirmé en grande chambre par arrêt du 6 octobre 2005). Sur ce point, voyez l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 décembre 2005 (n° 187/2005) qui décrète que l'article 7, al. 1^{er}, 2° du Code électoral, en tant qu'il suspend de plein droit les droits électoraux de certains condamnés, viole les articles 10 et 11 de la Constitution (www.arbitrage.be).

¹³⁶ Cour. eur. D.H., *Sabou et Pircălab c. Roumanie*, 28 septembre 2004, § 48.

¹³⁷ Cour. eur. D.H., *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, 17 décembre 2004, § 120.

¹³⁸ Sans compter que l'aggravation des peines peut avoir de nombreuses incidences sur l'ensemble du procès pénal notamment quant à l'application du régime de la détention préventive ou de la correctionnalisation de crimes ou encore quant à l'application de mesures dites alternatives à l'emprisonnement. Voyez sur ce point, le communiqué de la Ligue des droits de l'homme, « La lutte contre le terrorisme ne peut se faire au détriment des droits fondamentaux », 29 juin 2004.

singularité des trajectoires et des histoires de vie plutôt que sur une ‘carrière’ systématique comme le voudrait une criminologie simpliste »¹³⁹.

En procédure pénale, le principe de proportionnalité exige la recherche d’un équilibre entre les objectifs poursuivis et les moyens mis en œuvre pour les atteindre garantissant ainsi au justiciable que le recours à des méthodes intrusives dans la vie privée ou attentatoires aux droits de la défense ne s’opèrent que dans des cas exceptionnels.

Dans son arrêt du 21 décembre 2004 concernant les méthodes particulières de recherche, la Cour d’arbitrage résume ainsi la problématique : « La lutte contre certaines formes de criminalité particulièrement graves ou qui sont le fait d’organisations criminelles disposant de moyens importants peut contraindre les autorités chargées de la recherche des infractions et de la poursuite de leurs auteurs à mettre en œuvre des méthodes de recherche qui ont pour nécessaire conséquence une ingérence dans la vie privée et une atteinte à l’inviolabilité du domicile des personnes qui font l’objet de ces enquêtes. Il revient au législateur, sous le contrôle de la Cour, de formuler les dispositions qui autorisent le recours à ces méthodes de recherche de manière telle que l’atteinte aux droits fondamentaux qu’elles comportent soit limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif décrit »¹⁴⁰.

Le principe de proportionnalité est pourtant régulièrement malmené dans le cadre des législations précitées. En effet, si ce principe invite à circonscrire le recours aux méthodes particulières de recherche ou encore l’audition d’un témoin sous couvert d’anonymat complet à des cas exceptionnels, la délimitation de leur champ d’application, amène au contraire à conclure que ces dispositifs peuvent opérer dans un nombre croissant de situations qui dépassent largement le cadre de la lutte contre la criminalité grave et organisée ou le terrorisme. Ainsi, le recours aux méthodes particulières de recherche est, selon les cas, limité aux infractions énumérées à l’article 90^{ter} du C.i.cr.¹⁴¹, aux infractions commises dans le cadre d’une organisation criminelle ou aux infractions punissables de plus d’un an d’emprisonnement¹⁴² sans oublier de mentionner qu’elles peuvent également être activées dans le cadre d’une recherche proactive et, depuis la loi du 27 décembre 2005, en matière d’exécution des peines¹⁴³. Il en va de même concernant le témoignage anonyme complet qui n’est autorisé que pour les infractions énumérées à l’article 90^{ter} du C.i.cr., les infractions commises dans le cadre d’une organisation criminelle et les infractions impliquant une violation grave de droit international humanitaire. Enfin, la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale introduit un article 43^{quater} dans le Code pénal permettant au procureur du Roi de solliciter la confiscation spéciale d’avantages patrimoniaux provenant soit d’infractions liées à la criminalité grave (certaines infractions visées à l’article 90^{ter} du C.i.cr.), soit d’infractions liées à la criminalité organisée (art. 324^{bis} du Code pénal) ou encore « de plusieurs infractions poursuivies de manière collective et dont la gravité, la finalité et le rapport mutuel permettent au tribunal de décider certainement et nécessairement que ces faits ont été commis dans le cadre d’une fraude fiscale grave et organisée pour laquelle ont été utilisés des mécanismes ou des procédés particuliers complexes à l’échelle internationale ».

¹³⁹ D. BIGO, « L’impact des mesures anti-terroristes sur l’équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France », in E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERG (dir.), *op. cit.*, p. 245.

¹⁴⁰ C.A., 21 décembre 2004, n° 202/2004, point B.5.5 (www.arbitrage.be).

¹⁴¹ Cet article autorise le juge d’instruction à recourir, sous certaines conditions, à des écoutes téléphoniques.

¹⁴² A savoir la majorité des infractions inscrites dans le Code pénal et dans les lois particulières.

¹⁴³ Les travaux parlementaires citent l’exemple d’une personne qui ne donne pas suite à un billet d’écrou.

La référence de plus en plus fréquente à l'article 90^{ter} du C.i.cr. est particulièrement révélatrice de cette volonté de « banaliser » le recours à des procédures d'exception. L'extension du champ d'application matériel de l'article 90^{ter} couplée à la multiplication des dispositifs procéduraux étend à une série croissante d'infractions¹⁴⁴ non seulement les conditions de mise en œuvre des écoutes téléphoniques, mais aussi d'autres dispositifs que sont, comme on vient de le voir, les méthodes particulières de recherche et le témoignage

¹⁴⁴ Dans l'état actuel de la rédaction de l'article 90^{ter}, il s'agit des infractions suivantes :

- les attentats et complots contre le Roi, la famille royale et la forme du gouvernement (art. 101 à 110 C. pén.) ;
- les violations du droit international humanitaire (art. 136^{bis}, 136^{ter}, 136^{quater}, 136^{sexies}, et 136^{septies} du C. pén.) ;
- le faux en informatique (art. 210^{bis} C. pén. ajouté par la loi du 28 novembre 2000) ;
- la corruption de fonctionnaires (art. 246 à 251 C. pén.) ;
- la violation par un fonctionnaire public de l'interdiction des écoutes et de l'enregistrement des (télé)communications privées (art. 259^{bis} C. pén.) ;
- les infractions relatives au secret des communications et des télécommunications privées (art. 314^{bis} C. pén.) ;
- la participation à une organisation criminelle (art. 324^{bis} et 324^{ter} C. pén. ajoutés par la loi du 10 janvier 1999) ;
- les menaces verbales, écrites ou par gestes et la fausse information relative à un attentat grave (art. 327 à 330 C. pén.). Dans cette hypothèse, la loi exige qu'une plainte ait été déposée ;
- la menace d'utilisation ou de vol de matières nucléaires (art. 331^{bis} C. pén.) ;
- la prise d'otages (art. 347^{bis} C. pén.) ;
- l'incitation à la débauche, l'embauche en vue de la débauche, le proxénétisme et la tenue de maison de débauche (art. 379 et 380 C. pén.) ;
- le meurtre, l'assassinat et l'empoisonnement (art. 393, 394 et 397 C. pén.) ;
- l'enlèvement et le recel de mineurs (art. 428 et 429 C. pén.) ;
- la traite et le trafic des êtres humains avec circonstance aggravante (art. 433^{sexies}, 433^{septies} et 433^{octies} C. pén.) ;
- l'extorsion et le vol à l'aide de violences ou de menaces commis avec ou sans circonstance aggravante, en ce compris le meurtre pour faciliter le vol ou l'extorsion, ou en assurer l'impunité (art. 468, 470, 471, 472 et 475 C. pén.)¹⁴⁴ ;
- le vol, l'extorsion et la détention illégale de matières nucléaires ainsi que les autres opérations prohibées relatives à ces matières (art. 477, 477^{bis}, 477^{ter}, 477^{quater}, 477^{quinquies}, 477^{sexies} et 488^{bis} C. pén.) ;
- la corruption privée (art. 504^{bis} et 504^{ter} C. pén.) ;
- la fraude informatique (art. 504^{quater}, ajouté par la loi du 28 novembre 2000¹⁴⁴) ;
- le blanchiment (art. 505, al. 1^{er}, 2^o, 3^o et 4^o C. pén.) ;
- l'incendie et la destruction par explosion des propriétés immobilières dans les circonstances visées aux articles 510 et 511, alinéa 1^{er}, C. pén. (art. 510, 511, al. 1^{er}, 516 et 520 du même Code) ;
- les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes informatiques et de leurs données (art. 550^{bis} et 550^{ter} C. pén., ajoutés par la loi du 28 novembre 2000) ;
- l'importation, l'exportation, la fabrication, la détention et la vente de stupéfiants lorsque ces infractions constituent des actes de direction ou de participation à l'activité principale ou accessoire d'une association (art. 2^{bis}, § 3, b et § 4, b de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques) ;
- l'article 145, § 3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (notamment le harcèlement téléphonique ou électronique) ;
- les infractions et les tentatives d'infraction à la loi du 5 août 1991 relative à l'importation, à l'exportation et au transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire et de la technologie y afférente (art. 10 de la loi précitée) ;
- la traite des êtres humains (art. 77^{quater} et 77^{quinquies} de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers) ;
- l'utilisation de substances à effet hormonal ou antihormonal (art. 10, § 1^{er}, 2^o de la loi du 15 juillet 1985, art. 1^{er} de l'A.R. du 12 avril 1974 et art. 3 et 5 de l'A.R. du 5 février 1990) ;
- les infractions visées aux articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 5 février 1990 concernant certaines substances à effet bêta-adrénérgique ;
- l'association de malfaiteurs (art. 322 et 323 C. pén.) pour autant qu'elle ait pour but de commettre une des infractions citées ci-dessus ou de commettre un vol à l'aide d'effraction, d'escalade ou de fausses clefs.

anonyme complet mais également l'enquête proactive, le contrôle visuel discret ou encore les mesures de protection spéciales à un témoin menacé estompant ainsi le caractère exceptionnel qui doit normalement caractériser le recours à ces dispositifs¹⁴⁵.

Conclusions

La Convention européenne des droits de l'homme demeure un instrument incontournable quant au respect des droits et libertés individuelles

Comme on a pu le voir, la Cour européenne continue à exercer une influence indéniable sur les Etats et son apport reste déterminant dans la construction de la norme pénale. Certes, certains arrêts – qui ont été largement recensés dans le cadre de cet ouvrage – semblent remettre en question certains principes chers au droit pénal et à la procédure pénale que sont notamment les principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité. Mais, la jurisprudence européenne doit s'analyser à la lumière des transformations que connaît la société et des enjeux qui se dessinent au plan international, enjeux qui dépassent largement le cadre de cette contribution.

Une société qui se complexifie

La société se complexifie et cette complexification, en qu'elle implique notamment différents acteurs, a une incidence certaine sur le processus d'élaboration de la norme pénale¹⁴⁶. Quel est encore le poids du principe de légalité face à ce processus complexe et de moins en moins transparent? On peut certes regretter la valse-hésitation de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage - qui ne se cantonne pas uniquement aux législations précitées¹⁴⁷ - mais on ne peut lui demander de corriger continuellement la piètre qualité du travail législatif¹⁴⁸ au risque de privilégier la protection du législateur sur celle du justiciable¹⁴⁹.

De surcroît, quel est encore le rôle du législateur national alors que le Conseil de l'Union européenne s'est vu reconnaître un pouvoir autonome en matière d'incrimination, enfreignant au passage le principe de la séparation des pouvoirs? A l'instar de la Ligue des droits de l'homme, on peut interroger cette technique législative qui ne cesse de croître, en quantité et en puissance, dans le domaine pénal¹⁵⁰.

Une tendance générale inquiétant

¹⁴⁵ Sur ce point, voyez notamment, Les méthodes particulières de recherche, *Les Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 14, 2007.

¹⁴⁶ Sur ce point, voyez notamment Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 391-439 et plus particulièrement pp.408-413.

¹⁴⁷ Voyez notamment en matière de roulage, C.A., n°182/2004, 16 novembre 2004 et C.A., n°25/2005, 2 février 2005 (www.arbitrage.be). Pour un commentaire de cet arrêt, voyez A. JACOBS, « Le principe de légalité en matière de roulage : un principe relatif ? », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 500-503..

¹⁴⁸ On ne compte plus les lois prises dans l'urgence, les lois d'habilitation octroyant un large pouvoir d'appréciation à l'exécutif, les lois fourre-tout que constituent les lois programmes ou les lois portant des dispositions diverses, les lois modifiant d'autres lois alors que celles-ci ne sont pas encore entrées en vigueur...

¹⁴⁹ E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p.487.

¹⁵⁰ « La loi sur les infractions terroristes : de sérieuses questions sur le plan de la protection des droits et libertés fondamentales », Communiqué de presse de la Ligue des droits de l'homme, 2 décembre 2003. Voyez aussi le communiqué de presse du 29 juin 2004.

Aux lendemains des attentats du 11 septembre 2001, un communiqué de presse des Nations Unies portait le titre: « L'Assemblée générale priée de ne pas attendre une définition juridique exacte du terrorisme pour organiser la lutte contre ce fléau »¹⁵¹. Cinq ans plus tard, malgré la multiplication des instruments juridiques visant à lutter contre le terrorisme, il n'existe aucune définition du terrorisme. Nombre de contributeurs s'accordent à reconnaître que toute tentative de définition est par ailleurs vouée à l'échec dans la mesure où elle avant tout le résultat d'une construction politique¹⁵². Mais comme l'a pertinemment souligné Jean-Marc SOREL, « la clarification est nécessaire même si elle doit être douloureuse (...) A force de pourchasser le terrorisme sans le définir, on favorise plus une dénonciation que la compréhension en confondant justification d'une action et explication de celle-ci, définition et jugement de valeur »¹⁵³.

Cette absence de définition n'a toutefois pas empêché les Etats de renforcer la répression des actes qualifiés de terroristes se donnant ainsi l'illusion de se battre contre des formes particulières graves de délinquance. Ce faisant, les Etats ont à nouveau répondu aux vœux des instances européennes et internationales. On a ainsi relevé que la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme impose aux Etats membres d'assortir les infractions terroristes de « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives ». Le projet de convention générale sur le terrorisme international des Nations Unies ne dit pas autre chose quand il oblige les Etats parties à sanctionner les infractions terroristes « de peines appropriées compte tenu de leur gravité »¹⁵⁴. A défaut pour les Etats de disposer du choix des armes pour sanctionner un comportement, on peut légitimement questionner la pertinence du maintien du principe de subsidiarité en droit interne.

Une logique de guerre

Lutte, combat, fléau...c'est en bien en des termes guerriers qu'est abordé le traitement de certains contentieux. Or, quel est encore le poids du principe de proportionnalité dans un contexte de guerre totale contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée? L'état de guerre est une situation où les règles de droit et plus particulièrement, les droits fondamentaux se trouvent gravement réduits voire même disqualifiés et qui autorise toutes les dérives¹⁵⁵. Certains Etats n'invoquent-ils pas le droit à la légitime défense afin de se protéger contre les attaques terroristes¹⁵⁶, quand d'autres n'hésitent pas à demander d'être autorisés à enfreindre l'article 5 de la CEDH afin de pouvoir détenir, sans accusation pénale, des personnes de nationalité étrangère qui constitueraient un risque pour la sécurité nationale¹⁵⁷.

¹⁵¹ Communiqué de presse AG/ 2001, séance plénière, 5 octobre 2001 (www.un.org/french/apps/pressreleases/).

¹⁵² Voyez notamment Ph. MARY, « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte contre la délinquance urbaine' », *op.cit.*, p. 477. Voyez aussi les contributions dans K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Cahiers internationaux n°17, Ed. Pedone, Paris, 2002.

¹⁵³ J.-M. SOREL, « Existe-t-il une définition universelle du terrorisme ? », in K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *ibidem*, p. 64-65.

¹⁵⁴ Art. 4 du projet.

¹⁵⁵ Voyez, à ce sujet, D. VANDERMEERSCH, « Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme », *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 219 à 239.

¹⁵⁶ Voyez notamment, O. CORTEN, F. DUBUISSON, « Lutte contre le 'terrorisme' et droit à la paix : une conciliation délicate », in E. BRIBOSIA, A. WEYENBERGH (dir.), *op. cit.*, pp.37-69.

¹⁵⁷ Sur la demande du Royaume-Uni, voyez O. DE SCHUTTER, *op.cit.*, p.125 et suiv. Voyez aussi le très controversé « Military Commissions Act » adopté par le Congrès américain le 28 septembre 2006. Cette loi, qualifiée par le président G.W. BUSH de loi la plus importante en matière de lutte contre le terrorisme, prévoit la création de commissions militaires pour juger les « ennemis combattants étrangers » soupçonnés d'avoir commis des actes hostiles envers les Etats-Unis. Cette loi porte atteinte aux Conventions de Genève sur le droit de la

Mais avant tout une logique de contrôle

Comme on a pu le voir, les différentes incriminations et dispositifs mis en place pour lutter contre la criminalité grave et organisée et le terrorisme permettent de poser un certain nombre de constats quant aux pratiques qu'elles génèrent au sein de l'appareil judiciaire. Mise en cause du principe de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité, reconfiguration de la séparation des pouvoirs, atteintes aux droits de la défense : à terme, c'est l'équilibre garantiste du procès pénal en général qui se trouve remis en cause par des dispositifs de plus en plus nombreux.

La logique de guerre masque cependant difficilement une logique de contrôle. En effet, les différentes incriminations mises en place pour lutter contre la criminalité grave ou organisée ou le terrorisme déterminent le champ d'application de dispositifs procéduraux d'exception au point que certains ont pu dire que ces lois n'ont été adoptées que pour justifier l'usage de nouvelles méthodes d'enquête¹⁵⁸. Mais l'imprécision des comportements incriminés ont pour effet de banaliser ces dispositifs d'exception qui, loin de juguler les phénomènes qu'ils sont censés combattre, ont par contre contaminé l'ensemble du droit pénal et de la procédure pénale. Ainsi, il a été amplement démontré que la lutte contre le trafic de drogues mobilise des moyens exorbitants et dérogoires au droit commun qui se retournent le plus souvent contre les usagers¹⁵⁹. Et rares sont encore les matières répressives qui ne font pas appel aux méthodes particulières de recherche, entraînant un coût considérable pour la justice. Ce qui fera dire à Philippe Mary: « l'inflation sécuritaire actuelle est en bonne partie liée à la tendance politique qui ajoute de nouvelles mesures au lieu de veiller à appliquer celles existantes, conduisant à la multiplication de mesures d'exception, de plus en plus considérées comme normales au point de ne plus jamais pouvoir revenir à la situation initiale, sans pour autant avoir résolu le problème d'une quelconque façon »¹⁶⁰.

Le constat n'est pas neuf et ne s'arrête pas aux portes de la Belgique. Une recherche allemande a ainsi démontré que les moyens consacrés à la lutte contre la criminalité organisée débouchent généralement sur la poursuite de délits mineurs (vols de voitures, vols avec effraction, délits liés aux stupéfiants...) : « On peut se rassurer, en un sens : des policiers qui enquêtent, trouvent. Le seul problème est que ce qu'ils trouvent, précisément, est à mille lieues de ce qu'ils partaient chercher »¹⁶¹. Sur le plan européen, de nombreux instruments -

guerre en ce qu'elle autorise notamment les confessions obtenues sous la contrainte avant le 31 décembre 2005 et exclut tout recours judiciaire. Voyez notamment *Le Monde*, 19 octobre 2006.

¹⁵⁸ Voyez notamment, J.-C. PAYE, « Les définitions légales de l'organisation criminelle », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1916, 2000, p.41 ; F. ROGGEN, « La loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, n°11, pp. 1135-1160; SMEETS, C. STREBELLE, « Terrorisme, criminalité organisée et violence urbaine : l'expérience belge », in E. BRIBOSIA, A. WEYENBERGH (dir.), *op. cit.*, pp.197-217 et plus particulièrement p. 210; M.-L., CESONI, « Terrorisme et involutions démocratiques », *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, p. 141 à 153.

¹⁵⁹ C. GUILLAIN, « Le régime dérogatoire du traitement pénal des infractions à la législation sur les stupéfiants », in D. KAMINSKI (éd.), *L'usage pénal des drogues*, Bruxelles, De Boeck, Perspectives criminologiques, 2003, pp.83-105.

¹⁶⁰ Ph. MARY, « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte contre la délinquance urbaine' », *op. cit.*, p.480. Voyez aussi D. BIGO qui parle de « routinisation des procédures d'exception », « L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté et sécurité et sur la cohésion sociale en France », in E. BRIBOSIA, A. WEYENBERGH (dir.), *op.cit.*, et plus particulièrement pp.220-224 ; B. DELCOURT, « De quelques paradoxes liés à l'invocation de l'Etat et du droit », in K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT (dir.), *op. cit.*, p. 209-211.

¹⁶¹ F. JOBARD, « Une police pure : la lutte contre la criminalité organisée vue par Norbert Pütter », *Culture et conflits*, 2000, n° 38 et 39, p. 241-254, disponible en ligne à l'adresse url : <http://www.conflits.org/>.

décisions, règlements, directives...- ont été adoptés sous couvert de lutte contre le terrorisme¹⁶². StateWatch a cependant démontré que sur les 57 propositions présentées au sommet de l'Union européenne en mars 2004 après les attentats de Madrid, seules 30 d'entre elles avaient un lien avec la lutte contre le terrorisme, les 27 autres concernaient la délinquance en général et pourraient être utilisées à des fins de contrôle politique et social¹⁶³.

Face à ce constat pessimiste, il est difficile d'envisager l'avenir avec sérénité. Deux choses nous paraissent cependant devoir être rappelées.

Premièrement, le droit n'a pas vocation à tout régir. Quel que soit l'instrument juridique mis en place, il n'arrivera pas à enrayer des phénomènes criminels qui dépassent de loin la logique juridique. Cela nous paraît d'autant plus vrai lorsque l'approche juridique se résume à une réponse pénale. Comme l'a rappelé la juge européenne Tulkens dans l'arrêt *M.C. contre Bulgarie* du 4 décembre 2003, le droit pénal ne constitue pas la panacée en termes de traitement de la délinquance: "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 retenue". Pour étayer ses propos, la juge s'appuyait sur le *Rapport sur la décriminalisation* dressé par le Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe en 1980, rapport qui a notamment permis de questionner le rôle du pénal dans la société et de venir ainsi souligner sa fonction politique.

Les questions soulevées par le Conseil de l'Europe sont d'une actualité brûlante tant se fait sentir la nécessité de tempérer le recours intempestif au pénal¹⁶⁴ pour assurer l'efficacité et l'effectivité des lois. Comme le soulignait Yves Cartuyvels, de subsidiaire, « le droit pénal pourrait bien devenir pratiquement et symboliquement prioritaire, la question devenant progressivement moins de légitimer le recours au pénal que de justifier de sa non-adoption »¹⁶⁵.

Deuxièmement, la lutte contre le terrorisme ne peut se transformer en terrorisme d'état car de totale, la guerre peut rapidement devenir totalitaire. Dans l'affaire *Jalloh* précitée¹⁶⁶, le juge européen Zupancic déclarait : « Lorsqu'on se situe dans le processus judiciaire en tant que voie civilisée venue remplacer le combat barbare, « les justes règles de la bataille » ne renferment certainement pas l'autorisation de recourir à la force quelle qu'elle soit. La finalité de la « bataille judiciaire » est justement de remplacer la logique du combat réel, c'est-à-dire de remplacer la logique de la puissance par la puissance de la logique. Dans le cadre du processus judiciaire, fondamentalement, l'emploi de la force comme moyen de résolution des

¹⁶² Voyez notamment la liste sur le site EUR-Lex : http://europa.eu.int/eur-lex/lex/fr/dossier/dossier_03.htm.

¹⁶³ STATEWATCH, « 'Scoreboard' on post-Madrid counter-terrorism plans », 2004 (www.statewatch.org/news/2004/mar/swscoreboard.pdf) cité par Ph. MARY, « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte contre la délinquance urbaine' », *op. cit.*, p. 478. Voyez aussi, A. WEYEMBERGH, « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », *op. cit.*, p.155. Pour un constat similaire concernant le Plan anti-terroriste canadien, voyez F. CREPEAU, E. JIMENEZ, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada », in E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH (dir.), *op. cit.*, pp.249-287.

¹⁶⁴ Y compris dans les matières non pénales.

¹⁶⁵ Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », *op.cit.*, p.427. Voyez aussi F. TULKENS, M. van DE KERCHOVE, « Les droits de l'homme : bonne ou mauvaise conscience du droit pénal ? », in *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Universitaire Pers Leuven, 2005, pp. 949-968.

¹⁶⁶ Cour. Eur. D.H., *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006.

conflits est remplacé par la force de la logique. Le simple fait que la bataille se déroule entre « Etat et individu », comme en droit pénal, ne peut rien changer à cette implication des plus élémentaires ». Et de rajouter : « les droits de l'homme ne sont pas seulement matière à raisonnement juridique pédant. Ils sont aussi sujets d'un jugement de valeur. Certes, c'est seulement quand ce jugement de valeur se traduit par une norme juridique exprimée en termes clairs qu'il peut conforter la prééminence du droit. C'est toutefois une erreur que d'oublier qu'à la base – à l'origine de la norme juridique même qui sera appliquée ultérieurement – se trouve une résolution morale de ceux qui n'ont pas seulement des opinions ou même des convictions, mais ont aussi le courage de ces convictions ».

Il nous paraît dès lors l'heure de revenir à une conception plus radicale des droits de l'homme, à savoir une politisation des droits de l'homme qu'il convient de rendre effectifs et non pas uniquement porteurs de symboles. Il est des droits sur lesquels on ne peut transiger quelque que soit le contentieux en cause. A force de tout mettre en balance, n'en vient-on pas à sacrifier des valeurs fondamentales et à force de tout relativiser, n'en arrive-t-on pas à banaliser des valeurs essentielles ?

Christine GUILLAIN

Assistante chargée d'enseignement aux F.U.S.L.

et Damien VANDERMEERSCH

Magistrat

Professeur à l'U.C.L. et aux F.U.S.L.