

Quelques réflexions sur les critères inhérents à la mise en place de normes-sanctions et la répression des crimes de guerre

Damien Scalia

Damien Scalia est assistant à l'Académie de droit international humanitaire et des droits humains à Genève.*

Résumé

Les crimes de guerre sont parmi les crimes les plus graves ; c'est pourquoi les tribunaux internationaux ont compétence pour les réprimer. Malgré cette gravité, il n'est pas permis de les réprimer hors de tout cadre respectant les droits de l'Homme. Ainsi, l'auteur estime que les critères inhérents à la loi, tels que ceux développés par la Cour européenne des droits de l'Homme (légalité, proportionnalité, etc.), doivent être respectés lorsque sont incriminés des crimes de guerre et sanctionnés des criminels.

Mettre en place des normes relatives à la sanction des crimes de guerre n'est pas exempt du respect des critères de la loi. En effet, que ces normes deviennent internes par le truchement de la mise en place de loi ou de jurisprudence (tel que cela existe dans les pays de *common law*) ou que ces normes restent internationales, les principes fondamentaux inhérents au droit doivent être respectés ; sans quoi ces normes ne pourraient qu'apparaître arbitraires, dénuées de sens.

Dans le cadre de la répression des crimes de guerre, le développement rapide des normes, durant ces 15 dernières années (depuis la mise en place des Tribunaux pénaux internationaux), laisse à penser que les principes fondamentaux du droit pénal ont été mis de côté. En effet, l'élan humaniste qui a accompagné les progrès de la pénalisation desdits crimes, qui restaient auparavant souvent impunis, a parfois oublié les critères inhérents à la loi. Ce sont ces critères, dont le respect doit être une priorité, que nous tenterons d'exposer ici, dans le cadre restreint qui nous est imparti.

Les principes que nous allons analyser sont au nombre de quatre : la légalité, la nécessité, la proportionnalité et la non-retroactivité.

Même si elle n'est pas le seul acteur de ce changement, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après la « Cour EDH ») a joué un grand rôle dans l'énoncé moderne desdits principes. C'est pourquoi nous analyserons les différents critères matériels de chacun des principes à la lumière de sa jurisprudence. La Cour de Strasbourg a de surcroît l'avantage de s'appliquer à, et de couvrir des systèmes de droit romano-germanique, aussi bien que des systèmes de *common law*. Elle est donc un cadre très proche de celui existant en droit

* L'auteur tient à remercier très chaleureusement le Professeur Christian-Nils Robert pour ses précieuses observations et relectures. Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur.

La version anglaise de ce texte a été modifiée et publiée sous le titre «A few thoughts on guarantees inherent to the rule of law as applied to sanctions and the prosecution and punishment of war crimes», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, pp 343-357.

international pénal. De plus, elle inspire grandement la jurisprudence actuelle de la Cour pénale internationale, comme ont pu le montrer ses récents arrêts¹.

Le principe de légalité

Le principe de légalité se définit, selon l'article 11 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme comme :

« Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis ».

Pour un respect de ce principe, le législateur doit précisément définir et incriminer un acte social qui devient par là-même répréhensible et préciser les peines qui l'accompagne². Ceci permet d'éviter l'arbitraire et laisse aux citoyens le soin de régler leur comportement social. La sécurité juridique est à cette condition.

Concernant l'incrimination, le législateur définit par avance les actions qui sont défendues. Il s'agit pour ce dernier de prendre le crime comme fait social, entité distincte, et de punir la personne qui le commet. En d'autres termes, l'application de la maxime *nullum crimen, nulla poena sine lege* suppose que 1) l'individu est l'auteur d'un fait qui est défini objectivement [une omission peut aussi être incriminée] et que 2) ce fait est incriminé par la loi.

Concernant les peines, le législateur a le même rôle à jouer. Il n'est pas possible qu'il mentionne simplement quels actes sont pénalement relevant, tout en laissant aux juges le pouvoir absolu de les réprimer à leur guise. Ainsi, "[l]es conditions qualitatives doivent être remplies tant pour la définition d'une infraction que pour la peine que celle-ci implique³". Sans quoi, les conséquences seraient les mêmes qu'en l'absence du principe de légalité des délits et cela n'aurait pas de sens. La loi doit dès lors fixer la peine.

Des critères spécifiquement matériels prédominent aujourd'hui dans la définition du principe de légalité ; si bien que l'auteur de la source et sa forme ont moins de poids dans l'interprétation dudit principe qu'ils n'en avaient lors de sa première formulation.⁴ Relevons à titre liminaire que la « loi », pierre angulaire du principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* englobe aujourd'hui tant la *lex scripta* que le droit, terme plus général qui englobe la jurisprudence, et de façon plus large le droit des pays de *common law*.⁵

Les critères posés que nous allons analyser sont au nombre de trois : la prévisibilité, la qualité et l'accessibilité du droit⁶. Ils sont intimement liés, la prévisibilité passant par la qualité et l'accessibilité de la loi. En effet, la prévisibilité est un des éléments primordiaux inhérents au principe de légalité des délits et des peines. Dans son but de protection de la société et surtout de la liberté individuelle, le respect de la prévisibilité impose la connaissance par quiconque des faits pénalement relevant et des peines qui y sont associées.

¹ Se référer à cet égard à la contribution d'Elizabeth Baumgartner "Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, pp...

² CEDH, *Aff. Achour c. France*, requête 67335/01, 29 mars 2006, paragraphe 41.

³ CEDH, *Aff. Kafkaris c. Chypre*, requête 21906/04, 12 février 2008, paragraphe 140.

⁴ Beccaria C., *Traité des délits et des peines*, traduit par M. Chevalier, introd. par R. Badinter, Paris, Flammarion, 1991.

⁵ CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 47.

⁶ CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 49.

Dans un tel cadre, la prévisibilité ne peut aller qu'avec une qualité de la loi⁷, ainsi qu'une accessibilité de celle-ci par l'individu. Si l'individu ne comprenait pas la loi ou n'y avait pas accès, alors la prévisibilité ne serait qu'un idéal non atteint.

En matière de peine aussi, la jurisprudence européenne l'a confirmé, ces conditions doivent être spécifiquement remplies : « la notion de légalité d'une peine implique non seulement que ladite peine ait une base légale mais que la loi elle-même réponde aux conditions d'accessibilité et de prévisibilité⁸».

La qualité de la loi va se retrouver dans la clarté et la précision de la disposition, tandis que l'accessibilité va être plus casuistique voire limitée⁹. De ces critères ressortira la prévisibilité que nous analyserons par la suite.

La qualité de la loi : clarté et précision

« En exigeant que toute privation de liberté soit effectuée "selon les voies légales", l'article 5 par. 1 [...] impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne [qui s'accompagne de la] qualité de la loi [...]

Pour rechercher si une privation de liberté a respecté le principe de légalité interne, il incombe donc à la Cour d'apprécier non seulement la législation en vigueur dans le domaine considéré, mais aussi la qualité des autres normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté [...] soit suffisamment [...] précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire¹⁰.» (nous soulignons)

Déjà mentionné dans l'arrêt fondateur *Sunday Times c. Royaume-Uni*¹¹, le caractère précis de la loi pénale s'accompagne du critère de clarté de celle-ci. La Cour a pu l'énoncer à nouveau dans l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce*¹².

Cependant, qu'est-ce qu'une loi précise et claire ? Là encore, les décisions jurisprudentielles de la CEDH répondent partiellement à cette question en affirmant que la clarté de la loi ne s'apprécie qu'à la condition que l'intéressé se soit entouré de « conseils éclairés »¹³. Ceux-ci doivent permettre à la personne concernée, selon l'arrêt *Cantoni*, « d'évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, p. 71, par. 37). Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte »¹⁴. L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est de mise au niveau international, mais de façon très extensive, et devrait se voir appliquer de la sorte dans les

⁷ Julliot de la Morandière, *De la règle nulla poena sine lege*, Paris, Sirey, 1910, pp. 60 et ss.; Zerouki D., *La légalité criminelle. Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Lyon, Université Jean Moulin – Lyon 3, 2001 (ci-après Zerouki 2001), p. 264.

⁸ CEDH, Rapport de la Commission, *Gragnic c/ France*. 29 juin 1994, paragraphe 32.

⁹ Sudre F., *Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n°1, avril 2001, pp.335-356, p. 349 (ci-après Sudre 2001).

¹⁰ CEDH, *Aff. Amuur c. France*, requête 19776/92, 25 juin 1996, paragraphe 50. Cf. aussi CEDH, *Aff. Nasrullojev c. Russie*, requête 656/06, 11 octobre 2007, paragraphe 71.

¹¹ CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 49.

¹² CEDH, *Aff. Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25 mai 1993, paragraphe 52.

¹³ CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 49. Cf. aussi CEDH, *Shamsa c. Pologne*, requête 45355/99 et 45357/99, 27 novembre 2003, paragraphe 40.

¹⁴ CEDH, *Aff. Cantoni c. France*, requête 17862/91, paragraphe 35.

Etats Parties à la CEDH. Il est donc nécessaire, pour comprendre le droit, de s'entourer de conseils éclairés.

Concernant les peines, la Cour estime que le critère de clarté doit aussi être rempli la loi devant définir clairement les infractions et les peines qui les répriment¹⁵.

La précision de la loi, elle, est seulement relative, voire limitée. La Cour a estimé, dans de nombreuses décisions, qu'elle « a déjà constaté que le libellé de bien des lois ne présente pas une précision absolue. Beaucoup d'entre elles, en raison de la nécessité d'éviter une rigidité excessive et de s'adapter aux changements de situation, se servent par la force des choses de formules plus ou moins floues »¹⁶ ou encore qu'il « est impossible d'arriver à une exactitude absolue dans la rédaction des lois »¹⁷, notamment dans des domaines dont les données changent en fonction de l'évolution des conceptions de la société¹⁸. Ainsi, la Cour admet qu'un système de droit fasse appel à « une des techniques type de réglementation [qui] consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives »¹⁹.

Enfin, la précision et la clarté doivent s'apprécier dans le contexte global du texte en cause. Une disposition peu précise en soi peut le devenir à la lecture combinée d'autres articles de la même loi²⁰. La Cour a conclu en la violation de l'article 7 de la convention, dans le cas d'un droit qui, *pris dans son ensemble, n'était pas formulé avec suffisamment de précision pour permettre au requérant de discerner, à un degré raisonnable dans les circonstances, fût-ce en s'entourant au besoin de conseils éclairés, la portée de la peine de réclusion à perpétuité et les modalités de son exécution*²¹. Ainsi, la précision et la clarté d'une norme légale sont atteintes par la combinaison d'un texte et d'une jurisprudence claire qui supportent les critères liés à la prévisibilité. Cependant l'opacité pour l'individu non juriste n'est pas écartée, puisque celui-ci doit s'entourer de conseils éclairés pour entrevoir cette prévisibilité. Nous restons dès lors critique face à une telle interprétation de la précision et de la clarté que doit renfermer une norme. Il semblerait logique que la compréhension d'une loi, s'appliquant à tout un chacun, ne soit pas soumise à une explication de la part de « conseils éclairés ».

S'ajoute à ces critères une nécessaire accessibilité de la loi pénale notamment, dont l'interprétation va être plus ambivalente ou « limitée »²².

L'accessibilité de la loi

Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la condition d'accessibilité se définit ainsi : « tout citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »²³. La pénalité entre dans le champ de ces « normes juridiques », tout comme l'incrimination elle-même.

¹⁵ CEDH, *Aff. Coëme et autres c. Belgique*, requête 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 juin 2000, paragraphe 145.

¹⁶ CEDH, *Aff. Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25 mai 1993, paragraphe 40 ; voir aussi *Aff. Müller et autres c. Suisse*, requête 10737/84, 24 mai 1988, paragraphe 29 ; *Aff. Olsson c. Suède*, requête 10737/84, 24 mars 1988, paragraphe 61 ; CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 49.

¹⁷ CEDH *Aff. Barthold c. Allemagne*, requête 8734/79, 25 mars 1985, paragraphe 47.

¹⁸ CEDH *Aff. Barthold c. Allemagne*, requête 8734/79, 25 mars 1985, paragraphe 60.

¹⁹ CEDH, *Aff. Cantoni c. France*, requête 17862/91, paragraphe 31.

²⁰ Commission EDH, *Aff. G. c. Liechtenstein*, 30 octobre 1984, cité in ZEROUKI 2001, p. 308.

²¹ CEDH, *Aff. Kafkaris c. Chypre*, requête 21906/04, 12 février 2008, paragraphe 150. Dans cet arrêt la Cour a malheureusement estimé que le constat de cette violation constitue en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral éventuellement subi par le requérant.

²² SUDRE 2001, p. 349.

²³ CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 49.

Cette accessibilité est analysée dans son côté pratique²⁴. Elle est, semble-t-il, respectée dès qu'il y a une publication du texte relevant de la cause, qu'il s'agisse d'une loi ou d'une jurisprudence²⁵. De surcroît, comme l'a précisé la Cour, la loi n'a pas besoin d'être accessible à tous, mais il suffit qu'elle soit accessible aux personnes concernées²⁶ et qu'elle puisse l'être *de facto* en s'entourant, si nécessaire, de conseils éclairés²⁷. Nous renvoyons à notre critique précédente à ce sujet.

La prévisibilité

Les critères analysés précédemment sont nécessaires pour remplir celui de la prévisibilité. Cependant, il est important de s'y arrêter spécifiquement afin de bien cerner ses contours.

A la suite de la Cour EDH, certains auteurs ont qualifié la prévisibilité de *relative* ou de *raisonnable*. Les personnes doivent pouvoir « évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »²⁸. C'est dire si cette prévisibilité n'est pas absolue et doit s'analyser *in casu*. Comme le démontre Zerouki, c'est *a contrario* que doit être analysé ce qualificatif « raisonnable » : ce qui serait déraisonnable, inattendu, surprenant, ne pourrait satisfaire la prévisibilité²⁹.

En conséquence, l'un des critères de ce qui serait déraisonnable apparaît clairement lorsqu'une interprétation par analogie, et en défaveur, du requérant est présente³⁰. Dès lors un « brusque » changement jurisprudentiel, défavorable à l'accusé, et auquel le requérant ne pouvait s'attendre, est qualifié de violation du principe de légalité. Une telle décision semble logique et respectueuse des libertés individuelles.

Cependant, il aurait sûrement été trop simple d'en rester là. Des faits extérieurs doivent amener le requérant à savoir qu'un revirement jurisprudentiel peut avoir lieu, ou qu'un fait, non incriminé et dont l'incrimination n'est que difficilement envisageable, peut tout de même l'être dans certaines circonstances.

Il semble que deux facteurs peuvent être pertinents en la matière. Premièrement, les juges ont estimé que l'évolution des mœurs et de la société peuvent laisser envisager un droit, même si celui-ci semble être contredit par la norme pénale. A ce propos, l'affaire *S.W. c. Royaume-Uni* est révélatrice : « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines »³¹. Dès lors, dans un cas comme celui-ci, l'évolution des mœurs, car conforme aux objectifs de la Convention (la sauvegarde des droits fondamentaux), entraîne une certaine prévisibilité, en accord avec l'article 7.

Deuxièmement, c'est la gravité, semble-t-il objective, de l'infraction qui doit être vue comme apportant une prévisibilité du droit. L'arrêt *Pessino c. France*, faisant référence à l'affaire *S.W. c. Royaume-Uni*, énonce que « la Cour considère que la présente affaire se distingue clairement des arrêts *S.W.* et *C.R. c. Royaume-Uni* [...] dans lesquelles il s'agissait

²⁴ CEDH, *Aff. K.-H.W c. Allemagne*, requête 37201/97, 22 mars 2001, paragraphe 73 ; a contrario voir CEDH, *Aff. Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25 mai 1993, paragraphe 40.

²⁵ CEDH, *Aff. Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25 mai 1993, paragraphe 40.

²⁶ CEDH, *Aff. Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, requête 10890/84, 28 mars 1990, paragraphe 68.

²⁷ CEDH, *Aff. Pessino c. France*, requête 40403/02, 10 octobre 2006, para. 36. *A contrario*, dans cette affaire, la Cour a estimé que même un professionnel, qui pouvait s'entourer de conseils éclairés, était dans l'impossibilité dans le cas d'espèce, de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation.

²⁸ CEDH, *Aff. Cantoni c. France*, requête 17862/91, paragraphe 35 ; CEDH, *Aff. Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête 6538/74, 26 avril 1979, paragraphe 49.

²⁹ ZEROUKI 2001, p. 311.

³⁰ CEDH, *Aff. Pessino c. France*, requête 40403/02, 10 octobre 2006.

³¹ CEDH, *Aff. S.W. c. Royaume-Uni*, requête 20166/92, 22 novembre 1995, paragraphe 44.

d'un viol et d'une tentative de viol de deux hommes sur leurs femmes. La Cour avait pris soin de noter dans ces arrêts [...] le caractère par essence avilissant du viol, si manifeste que la qualification pénale de ces actes, commis par des maris sur leurs épouses, devait être regardée comme prévisible et non contraire à l'article 7 de la Convention, à la lumière des objectifs fondamentaux de celle-ci, "dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines"»³².

Est-ce à dire qu'un crime qualifié de grave pourrait être incriminé et sanctionné par une juridiction interne, en respectant le critère de prévisibilité selon la CEDH, alors même que le droit ne le prévoyait pas, et donc être arbitrairement puni ? A la lecture de ces arrêts nous serions enclins à répondre oui, sous réserve des jugements à venir, car il est certain que la question de la prévisibilité raisonnable reste ambiguë devant la Cour de Strasbourg et difficilement catégorisable. Dans l'affaire *S. W.*, il est d'ailleurs édifiant de noter que la Cour EDH argue, à l'appui de son raisonnement, que le requérant « ne pouvait ignorer que ce comportement, à défaut de l'être juridiquement, était moralement répréhensible »³³. N'est-il pas dangereux de lier le droit et la morale ? D'aucuns ont d'ailleurs rapproché ce lien avec des systèmes de droit existant sous certaines dictatures³⁴.

Enfin relevons que le principe posé par la Cour de Strasbourg est la prohibition de l'interprétation analogique opérée *in malam partem*. Cette prohibition est directement liée au respect du principe de légalité. Cependant, comme nous l'avons vu dans les affaires précédemment évoquées³⁵, ce n'est pas le caractère défavorable à la personne condamnée qui est le critère prépondérant, mais bien celui de la prévisibilité raisonnable, qui s'applique donc à l'interprétation faite par le juge. Ceci amène donc à conclure que la seule possibilité d'une interprétation nouvelle prévisible répond aux critères de nécessité, au respect du principe de légalité et donc à la sécurité juridique. Comme le relève Zerouki, à ce propos, « si la seule possibilité d'une interprétation judiciaire nouvelle suffit à la rendre raisonnablement prévisible, l'objectif de sécurité est bien loin »³⁶. En effet, en vertu de l'application faite par la Cour EDH, il semble qu'il serait admis qu'une législation ne mentionne que la peine d'emprisonnement à perpétuité pour toute infraction ; toutes les peines deviendraient ainsi prévisibles. Cela serait problématique pour le respect des libertés individuelles. D'autres critères interviennent cependant, en plus de la légalité : parmi eux, la nécessité.

Le principe de nécessité ou la prise en considération des finalités de la peine

La nécessité doit être abordée, certes en réponse à l'infraction commise, mais surtout en réponse aux objectifs confiés à la sanction pénale. Déjà en 1874, J. J. Haus estimait que « [l]a peine protège la Société par les effets qu'elle produit; mais son utilité seule ne peut la justifier ; il faut de plus qu'elle soit un moyen de protection nécessaire, indispensable; car si, par des mesures moins rigoureuses, la Société pouvait obtenir le même résultat, elle n'aurait pas le droit d'exercer la justice répressive »³⁷. La nécessité est définie, selon le langage courant comme ce qui s'impose, qui ne peut être autrement, qui est une obligation. Or, comment juger d'une obligation dans le *quantum* des peines ? Cela est délicat et ne peut

³² CEDH, *Aff. Pessino c. France*, requête 40403/02, 10 octobre 2006, paragraphe 36.

³³ Van Drooghenbroeck S., *Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1996, p. 475.

³⁴ Zerouki 2001, p. 434.

³⁵ CEDH, *Aff. S.W. c. Royaume-Uni*, requête 20166/92, 22 novembre 1995.

³⁶ Zerouki 2001, p. 433.

³⁷ Haus J. J., *Le fondement du droit de punir*, 1874 ; consultable in [http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/les_sciences_juridiques/introduction/haus_fondement_punir.htm] ; BECCARIA 1764 ...

qu'être relativement « arbitraire », surtout si cette définition n'est qu'absolue et sans comparaison. C'est donc face aux finalités de la sanction que la nécessité semble s'éclairer.

Les auteurs s'accordent généralement sur quatre finalités de la sanction pénale : la resocialisation, la dissuasion (ou prévention spéciale), la neutralisation et la prévention générale. Le principe de nécessité doit s'observer principalement à travers le filtre de la défense de la société (prévention générale) mais aussi à travers celui de la prévention spéciale. La neutralisation, quant à elle, devrait plutôt observer le principe de proportionnalité, que nous analyserons par la suite. Concernant la prévention générale, notons simplement que par hypothèse, et comme a pu l'exprimer le Pr. Robert, elle est « scientifiquement indémontrable et [...] idéologiquement indémontable »³⁸. Pour ce qui est des autres objectifs de la peine il est impossible de les aborder par un simple survol et nous nous en remettons aux auteurs plus avertis que nous, qui l'ont fait³⁹, Sans aborder dans notre court développement toutes les implications entraînées par la resocialisation, il nous semble important de relever la question de la peine d'emprisonnement à perpétuité. Elle est en effet prévue par de nombreuses législations en matière de répression des crimes de guerre et nous devons nous demander si la perpétuité est compatible avec la resocialisation du criminel ?

La resocialisation est un des objectifs indéniables de la sanction pénale, mais il ne peut être atteint par une peine perpétuelle pour une bonne et simple raison : le criminel ne réintégrera jamais la société. Outre le fait que la perpétuité est aujourd'hui vue pour nombre d'auteurs comme une torture, un châtement inhumain et dégradant, certains prônant son abolition⁴⁰, elle ne peut servir la resocialisation du criminel par son fondement même. Comme le mentionne Poncela, « on s'accorde en général pour dire qu'au-delà d'environ quinze ans de prison, une personne détenue commence à être détruite, ne peut plus investir un quelconque projet de réinsertion »⁴¹. Il s'agit de surcroît d'une « mort à petit feu »⁴² que l'Assemblée constituante avaient su abolir car considérée comme « pire que la mort »⁴³. La perpétuité n'a donc pas lieu d'être, et surtout dans un système international qui prône des valeurs humaines pour tout homme, criminel de guerre ou pas, génocidaire ou pas. De plus, relevons qu'au niveau européen, certains Etats l'ont abolie (le Portugal, l'Espagne, la Norvège et Chypre). Nous aurions pu espérer que la Cour EDH supporte ces décisions humanistes et, semble-t-il, avant-gardistes. En effet, même si pour elle, *le prononcé d'une peine d'emprisonnement perpétuel à l'encontre d'un délinquant adulte n'est pas en soi prohibé par l'article 3*⁴⁴, elle a, à maintes reprises, estimé *qu'infliger à un adulte une peine perpétuelle incompressible pouvait soulever une question sous l'angle de l'article 3*⁴⁵. De plus, comme ont pu le rappeler certains juges, *la Cour a donné, dans l'arrêt Selmouni c. France du 28 juillet 1999, quant à l'interprétation de l'article 3 de la Convention, une disposition fondamentale dans l'économie*

³⁸ Robert C.-N., « Le rôle de la sanction (dans l'approche intégrée de la justice et de la réconciliation) », in *Colloque à Sanremo : Justice et Réconciliation*, 7 au 9 septembre 2006 (non publié).

³⁹ Cf. Robert C.-N., *L'impératif sacrificiel, Justice pénale : au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, Lausanne, Ed. d'en bas, 1986 ; Berghuis A. C., *La prévention générale : limites et possibilités*, in *Les objectifs de la sanction pénale, en hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 69-100 ; Picca G., *La sanction pénale est-elle dissuasive pour le délinquant ?*, in *Les objectifs de la sanction pénale, en hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 23-68 ; Poncela P., *Droit de la peine*, Paris, PUF, 1995 (ci-après Poncela 1995).

⁴⁰ Pour la France : Poncela P. et Lascoumes P., *Réformer le Code pénal*, Paris, PUF, 1998, p. 178. En Allemagne, il figure au programme politique des Verts : *Fraktion Bündis 90/Grüne Lebendig begraben, lebens lange Freiheitsstrafe und Rezozialisierung, ein Dauerwiderspruch*, Bonn, 1991.

⁴¹ Poncela P., *Perpétuité, sûreté perpétuelle : la peine de mort à petit feu, entretien accordé à Hommes et Libertés*, Revue de la ligue des droits de l'homme, Paris, 2001, n° 116 (ci-après Poncela 2001).

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ CEDH, *Aff. Sawoniuk c. Royaume-Uni*, requête 63716/00, Décision sur la recevabilité, 29 mai 2005.

⁴⁵ CEDH, *Aff. Nivette c. France*, requête 44190/98, Décision sur la recevabilité, 3 juillet 2001.

de la Convention : « (...) le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (paragraphe 101)⁴⁶. Dès lors, nous aurions pu attendre qu'un arrêt constate que l'emprisonnement à perpétuité est contraire à l'article 3.

Malheureusement, tout dernièrement, la Cour EDH a rendu un arrêt allant à l'encontre d'une telle espérance : l'emprisonnement à perpétuité, s'il n'est pas incompressible (en l'espèce une libération n'est possible que par une grâce présidentielle), ne viole pas l'article 3⁴⁷. Notons tout de même que cette décision a été rendue à une courte majorité (10 voix contre 7).

La nécessité apparaît aussi en lien avec les principes de proportionnalité et de non-rétroactivité ou encore de rétroactivité *in mitius*. Concernant le premier, le lien est évident : pour être nécessaire, une peine doit être proportionnée. Pour ce qui est du second, à partir du moment où une incrimination est annulée ou lorsqu'une peine est diminuée, il est certain que leur nécessité n'existe plus – à supposer qu'elle ait un jour existé.

Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est en relation directe avec le principe de nécessité et forme ce que P. Poncela appelle la « juste mesure »⁴⁸ de la peine. La proportionnalité doit s'analyser principalement dans la relation entre le crime et la sanction pénale⁴⁹. En sus, doivent être pris en considération les préjudices « causés et appréhendés », les antécédents judiciaires de l'accusé, ainsi que les circonstances aggravantes et atténuantes⁵⁰. Déjà Bentham écrivait « que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit »⁵¹, mais qu'elle soit proportionnée : « plus le délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir »⁵². Le principe a pris une place importante dans la pénologie, même s'il est évident qu'il est difficile de poser une arithmétique claire de ce qu'un crime doit entraîner comme sanction. L'arbitraire du législateur est ici la source du *quantum*. Il s'accompagne de différents critères tels que la gravité du crime, la souffrance des victimes mais aussi les circonstances aggravantes et atténuantes relatives à l'auteur ou au crime lui-même.

Plusieurs critères liés à la proportionnalité existent devant la Cour EDH. Elle se traduit régulièrement dans l'expression des mesures « pertinentes et suffisantes » prises par les autorités nationales⁵³. La disproportion va se retrouver dans le caractère quantitativement démesuré, excessif, abusif d'une sanction face à l'objectif de celle-ci. De surcroît, la Cour a eu l'occasion de juger disproportionnées des mesures auxquelles des solutions moins restrictives pouvaient se substituer⁵⁴.

Enfin, la proportionnalité devient, dans le cadre de la légalité telle que définie par la jurisprudence de la Cour européenne (avec ces critères de prévisibilité, d'accessibilité et de clarté), une notion des plus importantes. En effet, la « prévisibilité de la loi » prenant des

⁴⁶ CEDH, *Aff. Kafkaris c. Chypre*, requête 21906/04, 12 février 2008, Opinion partiellement dissidente commune aux juges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström et Spielmann,

⁴⁷ CEDH, *Aff. Kafkaris c. Chypre*, requête 21906/04, 12 février 2008, paragraphe 140.

⁴⁸ Poncela 1995, p. 38.

⁴⁹ Cusson M., *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987, pp. 87-88 (ci-après Cusson 1987).

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 157-169.

⁵¹ *Ibid.*, p. 170.

⁵² *Ibid.*, p. 171.

⁵³ CEDH, *Aff. New Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*, requête 31457/96, 11 janvier 2000, paragraphe 54.

⁵⁴ CEDH, *Aff. Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, requête 13914/88;15041/89;15717/89; paragraphe 39.

formes, somme toute, « extra-ordinaires » par le jeu de la prévisibilité de son application jurisprudentielle, il devient nécessaire que cette loi, ou devrions-nous dire ce droit, respecte le principe de la proportionnalité dans les effets qu'il engendre. Et elle apparaît d'autant plus importante dans le cadre des modalités jurisprudentielles d'application de la loi. Dans diverses décisions jurisprudentielles, la Cour de Strasbourg a ainsi appliqué le principe de proportionnalité dans l'application prévisible ou non faite de la loi par les tribunaux internes. Sans revenir dans le détail de cette « prévisibilité » de la jurisprudence que nous avons analysée précédemment, rappelons que les tribunaux ne doivent pas aller « au-delà de ce qui pouvait être raisonnablement prévu dans les circonstances de la cause »⁵⁵, le but étant pour la Cour de « se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus⁵⁶ ou l'arbitraire »⁵⁷.

La proportionnalité est déjà mise en place dans le texte même de la Convention, mais elle a aussi donné lieu à une jurisprudence abondante et variable. Dans la majorité des cas, la proportionnalité ressort des arrêts relatifs aux articles 8 à 11 de la Convention, qui garantissent le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté d'association.

Hormis ces différents droits auxquels s'est attachée la proportionnalité, la Cour a eu l'occasion de poser le principe de proportionnalité en matière pénale, en lien avec l'article 3 prohibant les peines et traitements inhumains ou dégradants. Ce cadre nous intéresse particulièrement, puisqu'il s'approche au plus près de notre recherche. Mais la jurisprudence de la Cour a deux versants que nous devons préciser.

D'une part, il existe une jurisprudence ancienne selon laquelle la « Convention ne reconnaît comme tel aucun droit à remettre en question la durée d'une peine régulièrement infligée par un tribunal compétent⁵⁸ et que le seul fait qu'une infraction soit réprimée plus sévèrement dans tel pays que dans un autre ne suffit pas à établir qu'il s'agit d'une peine inhumaine ou dégradante⁵⁹. Mais à laquelle s'ajoute qu'il n'y a que dans des circonstances exceptionnelles que la durée de la peine pourrait poser problème au regard de l'article 3 »⁶⁰. Déjà entre ces termes, une certaine dichotomie semble s'installer, parfois dans une même décision⁶¹. Car en effet, bien que ces circonstances fassent appel principalement aux conditions d'emprisonnement, rien n'empêche de penser que ces circonstances puissent renvoyer à l'infraction ou aux circonstances l'entourant, ainsi qu'à la peine prononcée.

D'autre part, dans certains arrêts plus récents, la Cour semble laisser ouvert un certain contrôle de l'opportunité de la durée de la sanction pénale même si l'exposé des motifs est loin d'être clair :

« La Cour constate d'abord qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal. Cependant, ce qui importe aux fins de l'article 3 (art. 3) est qu'il soit humilié non par sa seule condamnation, mais par l'exécution de sa peine. Tel peut être, dans la plupart des cas sinon dans tous, l'un des effets du châtement judiciaire qui entraîne la soumission forcée aux exigences du système pénal.

Néanmoins, ainsi que la Cour l'a souligné dans son arrêt du 18 janvier 1978 en l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*, l'article 3 (art. 3) édicte une prohibition absolue: il ne prévoit pas de restrictions et, d'après l'article 15 par. 2 (art. 15-2), ne tolère aucune

⁵⁵ CEDH, *Aff. Barthold c. Allemagne*, requête 8734/79, 25 mars 1985, paragraphe 48.

⁵⁶ CEDH, *Aff. Klass et autres c. Allemagne*, requête 5029/71, 6 septembre 1978, paragraphe 50.

⁵⁷ CEDH, *Aff. Kruslin et huvig c. France*, requête 11801/85, 24 avril 1990, paragraphe 30.

⁵⁸ CEDH, *Aff. X. c. Royaume-Uni* (irrecevable), requête 5871/71, 30 septembre 1974, p. 54.

⁵⁹ CEDH, *Aff.* non publiée, requête 11615/85, 10 décembre 1985.

⁶⁰ CEDH, *Aff. X. c. RFA* (irrecevable), requête 7057/75, 13 mai 1976, p. 127.

⁶¹ CEDH, *Aff. C. c. RFA*, requête 11017/84, 13 mars 1986, p. 178.

dérogation (série A no 25, p. 65, par. 163). Or il serait absurde de soutenir que toute peine judiciaire, en raison de l'aspect humiliant qu'elle présente d'ordinaire et presque inévitablement, revêt un caractère "dégradant" au sens de l'article 3 (art. 3). Il faut introduire dans le texte un critère supplémentaire. En interdisant expressément les peines "inhumaines" et "dégradantes", l'article 3 (art. 3) implique du reste qu'elles se distinguent des peines en général.

Aux yeux de la Cour, pour qu'une peine soit "dégradante" et enfreigne l'article 3 (art. 3), l'humiliation ou l'avilissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation mentionné à l'alinéa précédent. Cette appréciation est nécessairement relative : elle dépend de l'ensemble des circonstances de la cause, et notamment de la **nature** et du **contexte** de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution. » (nous soulignons)⁶².

Par ailleurs, dans l'arrêt *Soering*, la Cour européenne a énoncé, concernant la peine de mort, et le symptôme dit du « couloir de la mort » que risquait l'intéressé en cas d'extradition aux Etats-Unis, qu'« il n'en résulte pas que les circonstances entourant une sentence capitale ne puissent jamais soulever un problème sur le terrain de l'article 3 (art. 3). La manière dont elle est prononcée ou appliquée, la personnalité du condamné et une disproportion par rapport à la gravité de l'infraction, ainsi que les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution, figurent parmi les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article 3 (art. 3) le traitement ou la peine subis par l'intéressé »⁶³ (nous soulignons).

Notons enfin, que dans le cadre de l'application de l'article 10 (liberté d'expression), la Cour a eu aussi l'occasion d'appliquer le principe de proportionnalité, condamnant même un Etat pour une sanction donnée qui était, selon la Cour, non proportionnée au but légitime poursuivi. Dans l'arrêt *Thorgeir Thorgeirsson*, les juges de Strasbourg ont ainsi estimé que les raisons avancées par le Gouvernement ne suffisaient pas à montrer que l'ingérence attaquée (les sanctions pénales) fût proportionnée au but légitime poursuivi⁶⁴.

Ainsi la proportionnalité est mise en exergue par la Cour de Strasbourg et doit être respectée par les législations et par l'application qui en est faite par les juridictions idoines. La perpétuité analysée en lien avec le principe de nécessité devrait dès lors être vue à la lumière de la proportionnalité ; et il ne semble pas qu'elle respecte lesdits principes, quel que soit le crime commis.

Le principe de non-rétroactivité et la rétroactivité *in mitius*

Les principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius* se rapportent directement au critère de prévisibilité, puisqu'ils sont les causes directes de son application. En effet, la prévisibilité impose qu'une loi ne puisse pas s'appliquer à des faits commis antérieurement à son existence. En définissant le critère de prévisibilité, nous avons vu qu'il devait se concrétiser dans la pratique législative et jurisprudentielle. Nous devons à présent voir l'interdit explicite de la rétroactivité d'une loi pénale, et donc de l'autorisation de la rétroactivité *in mitius*.

La Cour européenne des droits de l'Homme, appliquant la Convention et son article 7-1, énonce expressément l'interdiction de la rétroactivité. Il est cependant nécessaire de différencier deux formes de rétroactivité : celle dite directe, qui correspond à l'entrée en

⁶² CEDH, *Aff. Tyrer c. Royaume-Uni*, requête 5856/72, 25 avril 1978, paragraphe 30.

⁶³ CEDH, *Aff. Soering c. Royaume-Uni*, requête 14038/88, 7 juillet 1989, paragraphe 104.

⁶⁴ CEDH, *Aff. Thorgeir Thorgeirsson c. Islande*, requête 13778/88, 25 juin 1992, paragraphe 69.

vigueur d'une nouvelle loi après la commission de l'infraction, et celle dite indirecte qui correspond à l'interprétation de la loi.

Concernant la première, nous l'avons déjà mentionné, la Cour ne fait que reprendre dans des termes différents le principe de non-rétroactivité pour dire qu'il est un principe de droit inviolable⁶⁵. Dès lors, lorsqu'une loi est appliquée de façon rétroactive, la Cour l'analyse comme une violation de l'article 7-1⁶⁶. Concernant la seconde, bien qu'une certaine rétroactivité puisse apparaître par l'interprétation des lois, la Cour a mis en exergue les critères indispensables pour que cette dernière ne soit pas synonyme de rétroactivité pure et simple. Il ne nous semble cependant pas nécessaire de revenir ici sur ces différents critères que nous avons déjà analysés précédemment lorsque nous évoquions le critère de prévisibilité.

En outre, le principe de non-retroactivité posé s'accompagne d'un aménagement : la rétroactivité *in mitius*. Elle s'énonce comme la possible application rétroactive d'une loi, pour autant que cette loi soit plus douce que celle applicable au moment des faits⁶⁷. Dans ce cadre, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable des plaintes de requérants qui arguaient que le principe de rétroactivité avait été violé par l'imposition d'une peine à perpétuité, alors même que seule la peine de mort était prévue par les textes législatifs dans le cas de l'infraction pour laquelle il avait été condamnée. La Cour a estimé que la perpétuité est plus douce que la peine de mort⁶⁸.

Ainsi, une loi plus douce peut se voir appliquer rétroactivement, en aménagement d'un principe strict de non-rétroactivité d'une loi pénale. Le principe de la *lex mitior* est dès lors reconnu au niveau européen, tout comme il l'est au niveau international par l'article 15-1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966.

Conclusion

Ce court développement relatif aux critères que doit respecter le droit montre que ces derniers sont indispensables au respect des libertés fondamentales.

Si l'on suit la jurisprudence de la Cour EDH, le principe de légalité doit être mis en œuvre par une clarté, une accessibilité, ainsi qu'une prévisibilité du droit. Ceux de la nécessité et de la proportionnalité sont plus limités et casuistiques même si leur respect correspond à une obligation du droit pénal. Enfin la rétroactivité est, de façon absolue, interdite au détriment de l'accusé, mais peut et doit s'appliquer à son bénéficiaire.

La Cour de Strasbourg a le mérite d'aborder de façon détaillée les différents critères inhérents à la loi pénale. Cependant il semble qu'au fur et à mesure de sa jurisprudence, la Cour donne à certains critères une interprétation qui pourrait s'éloigner de la protection des libertés individuelles qu'elle est censée protéger. Deux exemples en démontrent le risque. Le premier réside dans la nécessité de s'entourer de « conseils éclairés ». Pousser à son paroxysme cet énoncé pourrait en effet empêcher le commun des mortels de comprendre le droit. Il est dès lors important que l'interprétation dudit critère ne soit pas trop expansive. Le second exemple est celui de la définition de la prévisibilité. Là encore, sans garde-fou, toute

⁶⁵ CEDH, *Aff. Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25 mai 1993, paragraphe 52 ; *Aff. K.-H.W. c. Allemagne*, requête n° 37201/97, 22 mars 2001, paragraphe 45 ; CEDH, *Aff. Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, requêtes 34044/96 ; 35532/97 ; 44801/98 et *Aff. K.-H. W. c. Allemagne*, requête 37201/97, 23 mars 2001, paragraphe 50.

⁶⁶ CEDH, *Aff. Jamil c. France*, requête 15917/89, 8 juin 1995, paragraphe 35.

⁶⁷ CEDH, *Aff. Kokkinakis c. Grèce*, requête n° 14307/88, 25 mai 1993, paragraphe 52 ; CEDH, *Aff. G. c. France*, requête 15312/89 (Incompétence), arrêt du 27 septembre 1995, paragraphe 26.

⁶⁸ CEDH, *Aff. Karmo c. Bulgarie*, requête 76965/01, Décision sur l'admissibilité, 9 février 2006 ; *Aff. Ivanov c. Bulgarie*, requête 76942/01, Décision sur l'admissibilité, 5 janvier 2006.

peine apparaît comme prévisible si elle est soit contenu dans la loi, au sens large du terme, soit en accord avec l'évolution de la société. Cela montre que les critères inhérents au droit pénal doivent être définis strictement, afin que la répression des crimes, fut-elle des crimes de guerre, s'entoure des garanties fondamentales.