

RESUME. — Le droit pénal est l'un des symboles les plus éclatants de la souveraineté nationale. Domaine privilégié du relativisme, il serait le moins universalisable des systèmes de droit. Or le voici en première ligne de l'universalisme juridique avec la définition du crime « contre l'humanité » et la création d'une Cour pénale internationale permanente. De ce « paradoxe pénal » peut-on dégager des valeurs communes ? Le risque, si le droit imposait ainsi sa vision de l'humanité, serait le glissement de l'interdit « fondateur » à un « fondamentalisme » juridique. Pour éviter de faire du droit international pénal un nouveau dogme, il faut ouvrir les voies d'un universel suffisamment pluraliste pour être à la fois effectif et légitime.

Mots clés : Communauté mondiale – Cour pénale internationale – crime contre l'humanité – droit pénal – éthique – fondamentalisme – pluralisme – relativisme – universalisme – valeurs communes

ABSTRACT. — Criminal law is one of the brightest symbols of national sovereignty. The privileged field of relativism, it is the most difficult to “universalize” of any system of law. But criminal law is now on the front lines of universalism with the legal definition of crimes “against humanity” and the establishment of a permanent International Criminal Court. Can one deduce common values from this “penal paradox”? If law imposes its vision of humanity, there is a risk of slipping from the “founding” taboo to a legal “fundamentalism”. To avoid turning international criminal law into a new dogma, the way to a universal that is pluralist enough to be both effective and legitimate must be found.

Keywords: Global community – crime against humanity – criminal Law – ethics – fundamentalism – International Criminal Court – pluralism – relativism – universalism- common values

## Chances et risques d'une justice pénale internationale

Mireille DELMAS-MARTY

*Professeur au Collège de France, Membre de l'Institut<sup>1</sup>*

En 1998 Wole Soyinka, Patrice Chamoiseau et Édouard Glissant avaient lancé un appel à conjurer les non-dits de nos histoires « pour que nous entrions tous ensemble et libérés, dans le Tout-Monde ». Et ils ajoutaient : « Ensemble encore, nommons la Traite et l'esclavage perpétrés dans les Amériques, crimes contre l'humanité »<sup>2</sup>.

On peut s'étonner de l'importance donnée par ces trois écrivains à une dénomination pénale pour conjurer les non-dits de l'histoire. S'étonner aussi du paradoxe apparent d'un appel qui tend vers un langage commun, nécessaire pour entrer dans « le Tout-Monde », et qui pourtant reste attaché aux différences – « seule la différence serait universelle » écrit aussi Glissant<sup>3</sup>. Ce Tout-Monde où les enjeux se globalisent et dont l'histoire devient commune n'est pas un monde unifié, et n'a pas vocation à le devenir.

Nous voici donc au pied d'un immense défi qu'on ne pourra relever qu'en situant l'interdit du crime par rapport aux autres interdits. Pour y parvenir on peut se référer à la distinction proposée par Henri Atlan entre les différents niveaux de l'éthique selon lesquels s'articulent le descriptif (ce qui est) et le normatif (ce qui doit être)<sup>4</sup>. À un premier niveau, d'emblée universel, la discontinuité est en apparence résolue : est mal ce qui fait mal. D'une certaine manière, les grands mouvements d'opinion, où un large consensus s'établit sur une base morale qu'on appelle alors « humanitaire », ramènent à ce premier niveau par une sorte de « morale de l'indignation ». Et c'est sans doute « mieux que rien ». Mais cette morale « se prête à toutes les manipulations, notamment celles de l'information, en jouant par exemple sur la perversion infantile du chantage au sentiment »<sup>5</sup>. En revanche à un deuxième niveau, les expériences du plaisir et de la douleur, projetées dans l'espace et différées dans le temps grâce aux capacités de mémoire et de représentation propres à l'espèce

1 Texte inspiré de l'introduction du cours « Les interdits fondateurs », Collège de France 2007, à paraître in *Les Forces imaginantes du droit*, vol. IV, *Vers une communauté de valeurs*, Seuil, 2011.

2 E. Glissant, *Une nouvelle région du monde*, Gallimard, 2006, p. 20.

3 *Ibid.*, p. 131.

4 H. Atlan, « Les niveaux de l'éthique », in *Une même éthique pour tous ?* Journées du Comité national d'éthique, dir. J.-P. Changeux, éd Odile Jacob, 1997, p. 91 s. ; également, *Les Étincelles du hasard*, tome 2, *Athéisme de l'écriture*, Seuil, 2003, p. 31 s.

5 *Ibid.*, p. 61.

humaine, sont reconstruites selon les différents systèmes de valeurs et de normes qui se sont constitués en fonction de la géographie et de l'histoire. C'est alors qu'apparaît le relativisme, exprimé notamment par les systèmes de droit nationaux. Quant au troisième niveau, celui d'une éthique universelle, encore hypothétique, il reste à construire, mais comment ? Plutôt qu'une méta-éthique de surplomb qui serait déduite par la Raison pure, Atlan propose de chercher une réponse commune, induite de la diversité des pratiques par tâtonnements successifs, fût-ce au prix de malentendus provisoires.

En somme, tout interdit fait passer du premier niveau, d'emblée universel, au deuxième niveau, celui du relativisme où les expériences, travaillées par l'histoire de chaque peuple et traversées par la géographie, sont structurées en systèmes de valeurs extrêmement diversifiés. Cette fonction structurante n'est pas propre au droit, mais le droit lui donne la force contraignante qui manque aux autres systèmes normatifs (religieux, moraux, etc.).

Cette double fonction, structurante et contraignante, est particulièrement présente dans le domaine d'un droit pénal qui se dit aussi droit « criminel ». Cet adjectif a le mérite de souligner la fonction expressive du droit pénal, celle qui renvoie aux valeurs dont la violation appelle sanction. Il rappelle qu'avant de punir il faut incriminer, c'est-à-dire nommer le crime et, en le nommant, le séparer des autres comportements : la racine grecque *crima* (en latin *crimen*) vient du verbe *crinein* qui veut dire séparer, trier, choisir, puis distinguer et de là accuser, porter un jugement. Ordonnant chaque communauté autour du pouvoir, de la vie et de la mort, du sexe, de l'appropriation et du partage des biens, l'interdit pénal est donc le symbole du relativisme national et le droit pénal peut ainsi apparaître comme le moins universalisable des systèmes de droit.

Et pourtant, voici qu'au lendemain de la Seconde guerre mondiale, sous le choc de l'indignation, le droit pénal se trouve en première ligne de l'universalisme juridique, avec la création d'une justice pénale internationale, d'abord temporaire (à Nuremberg et Tokyo) puis permanente (création de la CPI), qui définit et applique des incriminations communes.

Tel est le paradoxe de l'interdit pénal : c'est parce qu'il traverse les trois niveaux de l'éthique qu'il pourrait devenir la référence autour de laquelle construire des valeurs communes. À condition que les interdits « fondateurs » ne soient pas porteurs de fondamentalisme.

## I. — LE PARADOXE PENAL

Partis du constat d'un certain *relativisme pénal*, nous observerons que *l'universalisme de la souffrance*, et la bonne conscience répressive née de la souffrance, ramènent au premier niveau de l'éthique (est mal ce qui fait mal). Mais l'indignation morale immédiate, avec tous les risques de manipulation, médiatique ou politique, qu'elle comporte, ne suffit pas. Pour qu'il devienne l'expression d'une véritable communauté humaine, encore faut-il que ce droit pénal parvienne au troisième niveau, celui d'une éthique universelle qui accompagnerait l'émergence d'un véritable *droit pénal de l'inhumain*.

*Le relativisme pénal*

Traditionnellement, le droit pénal symbolise à la fois la souveraineté nationale et la culture de chaque peuple, constituant ainsi le domaine privilégié – faut-il dire le refuge ? –, du relativisme des valeurs. Comme l'a écrit Pascal « le larcin, l'inceste, ou le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place parmi les actions vertueuses »<sup>6</sup>. Inversement on trouve de tout dans la liste des interdits du droit criminel, y compris le blasphème, l'homosexualité entre adultes, et de tout dans les pratiques répressives légales, y compris la peine de mort, voire la torture. Pour comprendre la diversité pénale, l'essentiel n'est pas d'en faire un catalogue, mais d'en repérer les principaux facteurs, à la fois culturels et politiques.

**Relativisme culturel**

À première vue, les incriminations pénales renvoient, par les interdits qu'elles expriment, à l'identité culturelle de chaque nation. Mais ce relativisme repose lui-même sur le présupposé d'une culture nationale homogène. On connaît la formule de Durkheim définissant le crime comme un comportement qui « froisse les états forts de la conscience collective commune »<sup>7</sup>. Dans un système donné, le choix officiel consistant à interdire un comportement sous menace d'une sanction pénale (criminalisation) exprimerait une conception au moins partiellement commune des principales valeurs, fonction expressive qui se retrouve dans le classement des codes.

La réalité est plus incertaine, pour au moins deux raisons.

D'une part ce classement demeure largement implicite. Il semble aller de soi que l'on réserve le droit pénal aux comportements « les plus graves », mais on néglige le plus souvent de définir les critères de la gravité, donc d'explicitier l'échelle de valeurs sous-jacentes. Nous en avons fait l'expérience dans les années quatre-vingt au sein de la Commission de révision du code pénal. Dans le groupe de travail dit de l'inventaire, nous avons proposé, sans réussir à convaincre la majorité des membres de la Commission, de repenser le plan d'ensemble du code et sa signification en termes de valeurs, afin d'incorporer tout ou partie des incriminations laissées en dehors du code<sup>8</sup>.

D'autre part l'incertitude tient plus profondément encore au fait que l'homogénéité sociale n'a jamais été parfaite. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux pratiques d'acculturation imposées dans le cadre de la colonisation. Désormais l'acculturation résulte d'une mondialisation qui, en favorisant l'ouverture des frontières, confronte sur un même territoire les différentes cultures des populations (qu'il s'agisse de natifs ou d'immigrés), au point de remettre en cause l'existence même d'une « conscience collective commune ».

6 B. Pascal, *Pensées*, Gallimard « La Pléiade », fragment 230, p. 1160 s. ; « Des crimes globalisés », in *Le Relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 241-307.

7 E. Durkheim, *De la division du travail social*, 9<sup>e</sup> éd., PUF, 1973 ; également les critiques de Gurvitch, « Le problème de la conscience collective chez Durkheim », in *La Vocation actuelle de la sociologie*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1969, T. II, Ch. VIII, p. 1-58.

8 *Les grands Systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 269-294, notamment les principes directeurs de gravité proposés, p. 287 ; également « Le nouveau Code pénal », *RSC* 1994 ; *Le Code dix ans après*, PUL, 2004.

Abordant la question de savoir si le droit pénal est « bouclier ou épée des différences culturelles »<sup>9</sup>, Alessandro Bernardi répond qu'il remplit les deux fonctions et souligne qu'aucun modèle ne semble avoir réussi à résoudre la contradiction.

Apparemment les modèles multiculturalistes prépondérants en pays de *common law* seraient plus tolérants, utilisant des techniques juridiques comme l'erreur de droit, parfois considérée comme invincible, ou la référence aux « valeurs propres du milieu d'appartenance ». Mais la tolérance ne résout ni les problèmes nés de l'inégalité juridique entre citoyens d'un même pays, ni le risque social de ghettoïsation, ou de balkanisation, dans une société qui favoriserait la fermeture réciproque de cultures qui coexistent sans se comprendre. Enfin la tolérance peut aboutir, dans les cas extrêmes, à dissoudre le sentiment d'appartenance à la même communauté et couper les liens de solidarité.

À l'inverse, les modèles assimilationnistes ou intégrationnistes, plus proches de la tradition romano-germanique sont critiqués pour imposer une intégration forcée, peu compatible avec le respect de l'identité individuelle et fondée sur une égalité abstraite souvent illusoire.

En pratique la distinction est, il est vrai, moins nette. S'agissant du port du foulard islamique, ou du turban, voire du poignard revendiqué par les Indiens Sikh, les systèmes de *common law* étaient restés plus tolérants, mais un récent débat a relancé la question au Royaume-Uni, puis en France, de l'interdiction de porter la *burqa*. Plus généralement, il arrive non seulement que les juges écartent l'argument de *cultural defense*, mais aussi qu'ils le retournent en une attitude de défiance appelant des mesures préventives ou même une aggravation des peines, au motif étonnant que « les intéressés sont habitués, dans leur pays d'origine à des sanctions bien plus afflictives que dans le pays d'accueil ».

Mais le débat n'est pas seulement culturel et le port du poignard ou de la *burqa* peut devenir incompatible avec des mesures de sécurité préventive. C'est ainsi que certains représentants des forces de l'ordre appliqué au port de la *burqa* la loi italienne du 31 juillet 2005 contre le terrorisme qui interdit et sanctionne le fait d'apparaître masqué dans un lieu public, l'exemple marquant l'enchevêtrement entre facteurs culturels et politiques.

### Relativisme politique

Expression de la souveraineté nationale, le choix des incriminations pénales est aussi – d'abord – un acte politique qui place traditionnellement au sommet de la hiérarchie pénale le récidive et plus récemment les atteintes à la sûreté de l'État. Même si l'ordre des infractions varie d'un code à l'autre (le code pénal français de 1994 commence par la protection des personnes puis des biens avant de viser la Nation, l'État et la paix publique), ce relativisme politique n'a jamais disparu, qu'il favorise une politique libérale ou autoritaire<sup>10</sup>.

Dans les cas extrêmes, il peut conduire un régime totalitaire à ordonner lui-même des massacres. Rudolph Rommel estimait en 1994 qu'au cours du XX<sup>e</sup> siècle 169 millions de personnes auraient été tuées par leurs propres gouvernants contre 34 millions au cours des guerres entre pays ennemis, y compris

9 A. Bernardi, « Le droit pénal bouclier ou épée des différences culturelles ? », in *Les Droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal*, dir. M. van de Kerchove, Bruylant, 2007.

10 Voir *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.

les deux guerres mondiales<sup>11</sup>. Même si le chiffre est contesté, l'ordre de grandeur reste significatif, d'autant que, sans aller jusqu'à ces formes extrêmes de la violence d'État, le durcissement du droit pénal peut se manifester par un affaiblissement des garanties de procédure et de fond propres à l'état de droit.

Réactualisé à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le modèle autoritaire est maintenant recyclé par une nouvelle doctrine dite du « droit pénal de l'ennemi »<sup>12</sup>. Née en Allemagne, cette doctrine repose sur l'idée que l'État ne pourra survivre que s'il accepte, au nom des exigences de la sécurité nationale, diverses dérogations, telles que la disparition des garanties de procédure ou le renforcement des peines. Quant à la définition même du crime, cette doctrine semble légitimer, dans une perspective de prévention/répression/neutralisation, la confusion qui caractérise le modèle totalitaire entre la notion de crime (atteinte à la *normativité* par transgression d'interdits porteurs de valeurs) et celle d'état dangereux (écart à une *normalité* entendue comme la moyenne des comportements). Plus grave encore, elle va jusqu'à dissoudre le droit pénal fondé sur la punition de la faute dans une logique de guerre qui tend à l'élimination de l'ennemi. On peut y voir le risque d'un retour à la barbarie au double sens du terme : barbarie de ce droit pénal répressif et régressif ; mais aussi retour à la division binaire que l'on croyait révolue entre civilisés et barbares car l'ennemi d'aujourd'hui, comme le barbare d'hier, symbolise le refus de tout universalisme, cette doctrine lui déniait le droit d'appartenir à une seule et même humanité. Face à ces pratiques qui invoquent la raison d'État pour enfermer le droit pénal interne dans un relativisme de combat, le droit international pourrait réintroduire un peu d'universalisme, d'abord en réaction à la souffrance.

## L'UNIVERSALISME DE LA SOUFFRANCE

Si la souffrance est universelle et permet de désigner la victime, elle ne donne pas la clé pour qualifier l'auteur de « ce » qui fait mal. Pour passer de la souffrance de la victime à des concepts, comme la culpabilité ou la responsabilité, qui supposent un jugement moral ou judiciaire sur l'auteur, il faudrait soit associer toute violence à la figure du mal, soit circonscrire le débat aux véritables massacres, mais alors on s'éloigne du premier niveau de l'éthique.

### Violence et figure du mal

Certes la violence peut entraîner une souffrance : « Appelons violence, écrit Françoise Héritier, toute contrainte de nature physique ou psychique susceptible d'entraîner la terreur, le déplacement, le malheur, la souffrance ou la mort d'un être animé »<sup>13</sup>.

Mais il faut sans doute admettre aussi l'universalisme de la violence humaine. Jean Guilaine explique que l'importance de la guerre préhistorique, souvent saisie comme une activité mineure, très épisodique, a été largement

11 R. J. Rummel, *Death by Governments*, London, Transnational Publishers, 1994 ; J. Semelin, *Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005.

12 Voir « Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009, p. 1-68.

13 F. Héritier, « Réflexions pour nourrir la réflexion », in *De la violence*, I, Odile Jacob, 2005, p. 17.

sous-estimée. Si les préhistoriques étaient vus « comme des gens fondamentalement pacifiques »<sup>14</sup>, c'est qu'à l'extrême fin des temps paléolithiques, la population mondiale n'atteignait encore que 2 à 3 millions d'habitants. On pouvait donc penser que la coopération régnait parce qu'elle était nécessaire à la survie et que la solidarité compensait l'impuissance de l'individu isolé. Et pourtant les fouilles ont révélé la place centrale de la guerre dans ces sociétés pré-étatiques. Constatant que chez les singes anthropoïdes, nos plus proches cousins, le meurtre est rarissime, Guilaine rejoint Pierre Clastres pour considérer que la guerre primitive « fait signe, par son universalité, non pas vers la nature mais vers la culture ». Autrement dit, la guerre s'inscrirait davantage dans le processus d'humanisation que dans celui d'hominisation. Son objectif aurait été la dispersion, car ces populations, écrit-il, « ont une tendance au morcellement et non à l'unification ; elles ont soit d'indépendance et non de centralisation ». Il y voit une « logique de la différence ; de sorte que l'inégalité, la division, l'exploitation par une structure supérieure (l'État) sont ici systématiquement contrecarrées »<sup>15</sup>.

En somme, la violence serait fondatrice autant que destructrice. Commune aux sociétés humaines, elle les relie autant qu'elle les oppose, comme l'exprime Héraclite par sa formule énigmatique (« *ton polemon eonta zunon* »). C'est pourquoi il semble difficile d'associer toute violence à la figure du mal. Les travaux du séminaire Héritier démontrent d'ailleurs la diversité de ses manifestations. Les uns rappellent, par-delà l'ironie de Nietzsche ou de Foucault, que « le travail toujours à l'œuvre de la liberté ne peut se faire sans violences »<sup>16</sup>. Les autres soulignent la place des violences institutionnalisées, ou encore, par référence au modèle proposé par René Girard, celle des violences sacrificielles. Les uns et les autres considèrent que la violence peut être fondatrice de valeurs, permettant le passage « du continu au discontinu (ou de l'indifférencié au différencié) »<sup>17</sup>.

Rien d'étonnant dès lors si les « matrices de l'intolérance et de la violence » sont elles-mêmes ambivalentes. Seul le cadre général est universel, défini par les affects et besoins, comme le plaisir, la confiance, la sécurité, mais aussi l'envie et la compétition, qui caractérisent l'espace mental humain. Mais la violence intervient « dans les interstices non réglés du jeu entrecroisé de ces divers (et nécessaires) besoins »<sup>18</sup>. Aussi les règles pour canaliser la violence sont-elles différentes d'un système à l'autre, laissant réapparaître le relativisme des valeurs. À moins de restreindre l'analyse, de la violence en général à la cruauté<sup>19</sup> ou, plus précisément encore, à la spécificité des massacres.

14 Jean Guilaine et J. Zammit, *Le Sentier de la guerre, Visages de la violence préhistorique*, Seuil, 2001, p. 9.

15 *Ibid.*, p. 43.

16 D. Défer « Entre pouvoirs et interprétations dans les œuvres de Michel Foucault », in *De la violence* I, précité, p. 91-121.

17 R. Girard, *La Violence et le Sacré* ; L. Scubla, « Ceci n'est pas un meurtre ou comment le sacrifice contient la violence », in *De la violence*, II, p. 166.

18 F. Héritier, « Les matrices de l'intolérance et de la violence », in *De la violence*, II, précité, p. 321.

19 É. Balibar, « Violence, idéalité et cruauté », *ibid.*, I, p. 57-87.

### La spécificité des massacres

L'horreur des massacres ne tient pas seulement à l'effet de masse. Quand Chateaubriand, dans les *Mémoires d'outre-tombe*, raconte le massacre des prisonniers de Jaffa par les troupes de Bonaparte le 10 mars 1799, il est d'abord indigné par la cruauté et l'inutilité d'une telle action. Soulignant que ces prisonniers avaient rendu les armes et que leur soumission avait été acceptée, il s'attache à décrire les détails de la scène car « la vérité morale d'une action ne se décèle que dans les détails ». Et quand il conclut que « le ciel punit la violation des lois de l'humanité : il envoya la peste »<sup>20</sup>, on peut y voir une anticipation sur de futurs crimes universels comme le génocide ou le crime contre l'humanité ; mais on peut aussi se demander si l'indignation de l'écrivain se fonde sur la souffrance des victimes ou sur la négation de leur appartenance à l'humanité. Ce serait la raison pour laquelle il s'attarde au récit du soldat Miot, car en décrivant les détails, il réintroduit la personnalité de chaque victime : du très jeune homme apeuré qui supplie qu'on l'épargne au noble vieillard serein qui s'enterre lui-même pour mourir de la main des siens.

Dans notre quête de valeurs communes, il faut en effet entrer dans les détails, donc aller au-delà des qualifications juridiques, pour saisir la spécificité qui sous-tend l'interdit. C'est ainsi que le sociologue Jacques Semelin propose une définition autonome du massacre comme « processus organisé de destruction de civils, visant à la fois les personnes et leurs biens »<sup>21</sup>. Pour comprendre les différentes « morphologies du massacre », il se réfère à l'objectif des auteurs : soumettre (guerres, colonisations, entreprises démiurgiques dites « de rééducation » des régimes totalitaires pour remodeler le corps social, ou *paradigme du Kampuchéa démocratique*) ; éradiquer (forme symbolisée par l'effroyable expression de « nettoyage ethnique » sous ses diverses formes, ou *paradigme de la Shoah*) ; s'insurger (terrorisme, ou *paradigme du 11 septembre 2001*).

Pour éclairante et nécessaire qu'elle soit, cette vision, dite « politiste » plutôt que juridique, ne vise pas les phénomènes liés à la culture, aux croyances, à la mémoire affective de chaque peuple ; alors qu'ils peuvent aussi expliquer le surgissement, ou le développement, des massacres, comme on l'a vu, récemment encore, dans les Balkans ou au Rwanda. Préconisant une approche pluridisciplinaire, la juriste québécoise Hélène Dumont<sup>22</sup> souligne notamment que génocides et massacres ne relèvent pas seulement d'objectifs politiques imposés de haut en bas dans une logique pyramidale, mais se propagent aussi de bas en haut, comme « l'interaction de dynamiques locales avec des logiques étatiques, ou d'une logique de réseau permettant à la violence de s'étendre insidieusement ».

Qu'il se manifeste de haut en bas ou de bas en haut, cet effet de dépersonnalisation de la victime et de négation de son humanité est sans doute la caractéristique essentielle car au-delà de l'universalisme de la souffrance, surgit alors une réprobation des massacres, non pour leur seule violence, ni même pour leur dimension massive, mais avant tout pour leur caractère inhumain.

20 F. R. de Chateaubriand, « Campagne de Syrie », in *Mémoires d'outre-tombe*, Gallimard « La Pléiade », vol. I, L. XIX, ch. 16, p. 724.

21 J. Semelin, *Purifier et détruire*, Usages politiques des massacres et génocides, précité, p. 387.

22 H. Dumont, « Introduction » in *Le Crime de génocide – Construction d'un paradigme pluridisciplinaire*, inédit.

*Vers un droit pénal de l'inhumain ?*

La question est de savoir à quelles conditions la réprobation de certains comportements qualifiés d'inhumains est suffisamment universelle, ou universalisable, pour fonder une communauté humaine mondiale, alors même que le processus d'internationalisation reste sélectif, c'est-à-dire partiel et discontinu.

**La fondation d'une communauté mondiale**

Fonder la communauté mondiale sur le droit pénal ne va pas de soi et les travaux portant sur le jugement des crimes de masse ont peu abordé la question, sinon pour dénoncer un abus de langage. Ainsi Antoine Garapon, après avoir rappelé la formule de Carl Schmitt « qui dit humanité veut tromper », affirme avec force : « le crime contre l'humanité affecte la vertu signifiante du langage tant il prostitue le sens des mots ; sans tiers, ni institution pour les garantir, les mots ne veulent plus rien dire »<sup>23</sup>.

Il est vrai que l'interdit pénal n'est pas d'emblée transposable à la communauté humaine mondiale car il reste attaché, comme on l'a souligné, à la solidarité propre aux communautés nationales, dans les deux formes, mécanique et organique, dégagées par Durkheim. À moins d'ajouter une troisième forme comme le propose le sociologue américain Mark Osiel qui nomme « solidarité discursive » cette nouvelle variante qui se distinguerait des deux autres par sa façon de relier communauté et différences.

D'un côté la solidarité « mécanique » (qu'il rattache au modèle de l'église, surtout quand elle est juridiquement établie) « requiert le déni, voire la suppression des différences entre individus et sous-groupes afin de préserver le partage d'un ordre normatif unique entre eux » ; de l'autre la solidarité « organique » (modèle de l'économie fondée sur « la chaîne toujours plus étendue de l'échange commercial ») exige « la préservation de la culture de différences entre les individus et entre les sous-groupes afin d'accroître la productivité et l'efficacité ».

En revanche la solidarité « discursive », dont la politique serait le fondement institutionnel, « n'exige ni le déni permanent, ni l'affirmation de la différence ; elle implique simplement de reconnaître que les membres de la société sont souvent en désaccord radical quant à leurs conceptions de la justice et du bien, mais qu'ils n'en admettent pas moins qu'ils ont besoin de s'appuyer sur un schéma commun d'association et de coopération »<sup>24</sup>.

Son originalité étant précisément de fonder le « schéma commun d'association et de coopération » sur le *dissensus* et non sur le *consensus*, la solidarité « discursive » utiliserait le procès pénal comme un outil pour construire une mémoire collective internationale « grâce à des réseaux d'assistance informelle de juristes militants, de spécialistes du droit et d'organisations humanitaires non gouvernementales dans le monde entier »<sup>25</sup>.

23 A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, Pour une justice internationale*, éd. Odile Jacob, 2002, p. 72, 239.

24 Mark Osiel, « La solidarité par le dissensus civil », in *Juger les crimes de masse, La mémoire collective et le droit*, Seuil, 2006, p. 69-95.

25 *Ibid.*, p. 337.

Mais « international » ne veut pas dire « mondial » et Osiel s'arrête à mi-chemin car il ne s'interroge pas sur la nature universalisable de ce nouveau type de solidarité sociale. Il reste à savoir si, et à quelles conditions, le droit pénal pourrait, en s'internationalisant autour de l'inhumain, réussir à construire une mémoire collective véritablement mondiale.

Cette hypothèse, que nous tenterons de vérifier, ne repose pas sur le postulat d'un droit pénal de l'inhumain qui serait d'emblée fondateur d'une communauté mondiale de valeurs, mais sur l'intuition qu'il faudrait en effet intégrer les désaccords révélés par les procès criminels, nationaux et internationaux. Ce faisant, l'internationalisation du droit pénal permettrait de relier entre eux les trois niveaux de l'éthique - l'universalisme de la souffrance, le relativisme des représentations juridiques du crime et l'universalisme des procès au nom de l'humanité. Mais l'internationalisation est sélective, ce qui en rend l'analyse extrêmement complexe.

### Une internationalisation sélective

Si l'internationalisation pénale est sélective, c'est que la relation qu'elle établit entre le relatif et l'universel semble obéir à une double scission.

Une première scission se situe à la base même de la répression pénale, au sein du couple interdire/justifier car l'interdit proprement dit, c'est-à-dire l'acte défini comme inhumain, s'universalise, tandis que les diverses techniques juridiques qui tendent à le justifier, au sens le plus large du terme (légitime défense, état de nécessité, contrainte et autres techniques juridiques pouvant conduire à légitimer l'inhumain), restent enracinées dans chaque tradition nationale. C'est sans doute la principale raison de l'impossibilité de définir un crime mondial de terrorisme tant les justifications varient d'un État à l'autre<sup>26</sup>.

Plus profonde encore, une seconde scission semble traverser les principaux débats relatifs à la mise en œuvre de l'interdit, au sein du couple punir/pardoner. Par-delà des questions juridiques comme l'attribution de la responsabilité, la compétence pour poursuivre et juger l'affaire conformément aux « intérêts de la justice », selon la formule inscrite dans le statut de la CPI, ou encore les fonctions mêmes de la sanction, ce couple « punir/pardoner », est à son tour écartelé entre une punition qui devient mondiale et le pardon qui reste affaire locale.

Une explication est esquissée par Hannah Arendt<sup>27</sup> quand elle oppose le pardon à l'irréversibilité : qu'il s'agisse d'épargner les vaincus ou de commuer la peine de mort, le pardon correspond à la condition humaine de la pluralité – nul ne peut se pardonner à soi-même. C'est pourquoi le pardon ne lui paraît pensable qu'à l'échelle d'une communauté organisée comme telle. Telle serait selon elle la raison profonde de sa formule, écrite en 1958 et souvent reprise, qualifiant les crimes internationaux de « crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner », parce qu'il s'agit de crimes mondiaux, alors que la communauté n'est pas organisée à l'échelle mondiale : « Tout ce que nous savons, c'est que nous ne pouvons ni punir ni pardonner ces offenses, et que par conséquent elles transcendent le domaine des affaires humaines et le potentiel du pouvoir

<sup>26</sup> *Terrorismes, Histoire et droit*, dir. H. Laurens et M. Delmas-Marty, éd CNRS, 2010.

<sup>27</sup> H. Arendt, « L'irréversibilité et le pardon », in *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy « Pocket Agora », 1983, p. 301 s.

humain qu'elles détruisent tous deux radicalement partout où elles font leur apparition »<sup>28</sup>.

Et pourtant, en 1961, Arendt assistera au procès d'Eichmann en Israël. Elle en défendra le bien fondé, mais soutiendra aussi la proposition de Jaspers en faveur du jugement par un tribunal international. Regrettant que personne n'ait pris la peine d'examiner sérieusement cette proposition, Arendt considère alors comme « nécessité impérieuse »<sup>29</sup> la création d'une cour pénale internationale.

Un demi-siècle plus tard, la double apparition d'une justice pénale internationale à vocation mondiale et d'une justice nationale dite restauratrice, organisée autour des « commissions vérité et réconciliation », réactive la tension entre punir et pardonner. La communauté mondiale est sans doute trop fragile pour avoir vocation à pardonner, ce qui pourrait expliquer l'omniprésence en droit international du mot d'ordre de « lutte contre l'impunité ». Mais le rôle des juridictions pénales internationales est seulement subsidiaire et la punition des crimes internationaux reste en partie de la compétence nationale, ce qui pose, sans la résoudre, la question du pardon.

C'est donc à travers ces couples conflictuels – « interdire/justifier » et « punir/pardoner » – que la communauté internationale tente de s'organiser autour des interdits du droit pénal. Mais ces interdits ne seront « fondateurs » d'une hypothétique communauté mondiale que s'ils trouvent pour chaque couple un équilibre entre le relatif et l'universel pour échapper au « chaos post-moderne » que certains prédisent déjà<sup>30</sup>.

Or l'équilibre varie considérablement selon trois paradigmes qui caractérisent les pratiques, la structure et l'éthique qui les sous-tendent<sup>31</sup>. Le paradigme du *crime de guerre* décrit des pratiques qui s'inscrivent pour l'essentiel dans le droit international (coutumier, conventionnel puis jurisprudentiel), contribuant à maintenir, en dépit des situations de guerre, une communauté interétatique. Plus ambitieux, celui du *crime contre l'humanité* est interétatique dès l'origine mais à mesure qu'il gagne en autonomie, s'étendant de la guerre à la paix, il annonce déjà une communauté mondiale, de type interindividuelle et à vocation *supra*étatique. En revanche le paradigme de *la guerre contre le crime* marque un durcissement et un repli au sein des communautés étatiques : le terme de guerre annonce une répression militarisée, dirigée contre un ennemi qui n'est plus identifié à un État mais à une organisation criminelle, notamment terroriste.

Les trois paradigmes expliquent aussi comment, dans leur mise en œuvre, se structurent les trois interdits. Qu'il s'agisse de la détermination des responsabilités, du choix entre la sanction et la réconciliation ou, de façon plus visible encore, du niveau de compétence pour poursuivre et juger les crimes, ils montrent alors le passage du simple au complexe : structure simple pour la guerre contre le crime qui, malgré les rappels répétés au respect des droits de

28 *Ibid.*, p. 307.

29 H. Arendt, *Les Origines du totalitarisme, Eichmann à Jérusalem*, Gallimard « Questo », 2002, p. 1278 s.

30 M. Osiel, précité, p. 366, note 51.

31 Thomas S. Kuhn, in *La Structure des révolutions scientifiques*, trad. fr. de la nouvelle édition de 1970, Flammarion, 2006, désigne ainsi le fait de décrire des pratiques (paradigme conceptuel), d'expliquer une structure et une logique (paradigme épistémologique), ou d'exprimer des valeurs (paradigme éthique).

l'homme, obéit surtout aux contraintes de droit interne ; plus complexe, le crime de guerre qui relève principalement du droit international, tout en étant tantôt inspiré du droit interne et tantôt intégré à lui ; enfin on peut qualifier d'« hyper complexe » la structure mise en œuvre pour les crimes contre l'humanité, impliquant à la fois des institutions nationales, internationales et « internationalisées » selon une logique de subsidiarité de la justice internationale, mais aussi d'harmonisation des droits nationaux. Mais l'harmonisation appelle à réintroduire une hiérarchie implicite, donc une certaine primauté de la Cour pénale internationale (CPI), ce qui peut expliquer son rejet par ceux qui craignent de favoriser ainsi des stratégies de pouvoir.

Enfin du point de vue éthique, chaque paradigme exprime des valeurs dont l'existence d'une communauté mondiale postulerait l'homogénéité. Affirmer prématurément cette homogénéité serait confondre la question (y a-t-il une communauté mondiale ?) et la réponse (elle existe comme en témoigne l'existence d'interdits communs). La réponse est prématurée en raison d'une forte tension entre le paradigme de la guerre contre le crime, qui aurait vocation, au nom de la sûreté nationale, à légitimer l'inhumain, et celui du crime de guerre, qui imposerait dans les véritables situations de guerre, le respect des valeurs communes. Tant que cette tension subsiste, le troisième paradigme du crime contre l'humanité, qui postule, par sa dénomination même, l'humanité comme valeur commune en tout temps et en tout lieu, risque de se transformer en nouveau dogme d'un monothéisme réinventé autour de l'humanité ainsi sacralisée.

## II. — INTERDITS FONDATEURS ET FONDAMENTALISMES

Par ses contradictions, le jeu des trois paradigmes conduit ainsi au *risque des fondamentalismes*, le pluriel suggérant tout une gamme de situations, du religieux au politique et au juridique, du national (relativisme exclusif) au mondial (universalisme uniformisant).

Ce risque invite à chercher une réponse, peut-être en partie cachée par cette expression, empruntée à la vision classique, d'interdits « fondateurs ». Car l'adjectif ne doit pas faire illusion : *la communauté mondiale se construit sans fondations*, si l'on entend par là des bases fixes et stables. Et c'est précisément cette construction dynamique et évolutive qui pourrait réduire le risque de fondamentalisme par l'ouverture et la réinterprétation du dogme. Encore faut-il, pour que cette communauté soit non seulement interétatique mais aussi interindividuelle, que les interdits fondateurs s'adressent aux individus à la fois pour les faire *tenir debout* (bipédisme et humanisme seraient en somme indissociables) et pour les faire *tenir ensemble*, assemblés en une communauté solidaire, pas nécessairement pacifiste mais pacificatrice et autant que possible pacifiée. Le paradigme du crime contre l'humanité participerait ainsi au processus d'humanisation, indissociable de l'hominisation.

Il reste à trouver *les voies conduisant vers un universel* suffisamment *pluraliste* pour être à la fois effectif et légitime.

### *Le risque des fondamentalismes*

Le mot est d'apparition récente<sup>32</sup> mais les pratiques sont aussi anciennes que le sont les religions. Même si le rattachement fréquent aux seules religions monothéistes est sans doute discutable, les spécialistes de l'histoire des religions s'entendent du moins pour associer le fondamentalisme – un retour à ce qu'on pense être la vérité des textes fondateurs – à un littéralisme qui présente cette vérité en se référant au sens littéral, que l'on pense évident, du texte. D'où le rejet de l'interprétation évolutive, celle qui tiendrait compte de l'évolution des connaissances et de la transformation des pratiques (découvertes scientifiques et innovations technologiques) et le refus de la pluralité des interprétations : ainsi comprend-on la vivacité des controverses suscitées non seulement à propos de l'Islam, mais aussi, par exemple, par une présentation du Deutéronome selon deux mythes opposés : l'un pacifique et autochtone, celui des traditions patriarcales primitives, l'autre guerrier, d'origine exodique<sup>33</sup>.

Ce lien entre le fondamentalisme et le travail d'interprétation du texte fondateur pourrait éclairer la transposition du religieux au politique et au juridique. Dans une telle perspective, le paradigme du crime de guerre n'est guère concerné tant les textes sont divers et dispersés et les interprétations multiples. En revanche il faut revenir au paradigme de la guerre contre le crime, qui fait du crime, et plus particulièrement du terrorisme, un mal absolu et de la répression du terrorisme un impératif absolu qui, au nom d'un droit d'exception, justifierait toutes les transgressions de l'interdit de l'inhumain. Mais ce premier exemple ne dispense pas d'examiner, même si la symétrie apparente est trompeuse car le risque est encore hypothétique, le cas du crime contre l'humanité, s'il devait être conçu et appliqué sans exception, comme un fondamentalisme en ce qu'il interdirait toutes les transgressions sans rien justifier et les sanctionnerait sans rien pardonner.

### **La guerre contre le crime : un droit d'exception justifiant toutes les transgressions**

Le risque d'un fondamentalisme politique (d'ailleurs fondé également sur une conception religieuse de sa mission) était inscrit dans les discours officiels du président Bush sur l'axe du mal. L'Assemblée générale des Nations Unies ne s'y est pas trompée : sa résolution du 21 novembre 2001 souligne que « toutes les civilisations partagent la même humanité »<sup>34</sup> et celle du 21 février 2007 précise que « l'assimilation d'une quelconque religion au terrorisme est à éviter car elle peut avoir des conséquences fâcheuses sur la jouissance de la liberté de religion ou de conviction par tous les membres des communautés religieuses concernées »<sup>35</sup>. Elle fait ainsi écho au rapport sur « L'alliance des civilisations » lancé à l'initiative du Premier ministre espagnol Luis Rodriguez Zapatero et remis au Secrétaire général des Nations Unies le 13 novembre 2006. Axé pour l'essentiel sur les droits de l'homme, le rapport évoque aussi le

32 Il fut utilisé à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, d'abord à propos du protestantisme américain.

33 Th. Rohmer, « Le Deutéronome à la quête des origines », in *Le Pentateuque : Débats et recherches*, dir. P. Haudebert, éd. Cerf, 1992, p. 213-225.

34 *Programme mondial pour le dialogue entre les civilisations*, résolution AG ONU, A/RES/56/6.

35 *Élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, résolution AG ONU, 21 févr. 2007, A/RES/61/164.

respect des conventions de Genève et la reconnaissance de l'autorité des cours pénales internationales<sup>36</sup>.

Plus précis encore, le rapport présenté au Conseil des droits de l'homme le 26 décembre 2006 par M<sup>me</sup> Asma Jahangir, rapporteur spécial sur la liberté de religion et de conviction<sup>37</sup>, place les « violations des droits de l'homme commises dans le contexte des mesures anti-terrorisme » au sein des trois préoccupations majeures relevées au cours de son mandat. Rappelant l'obligation pour les États de respecter le Pacte international sur les droits civils et politiques, dont l'article 15 impose la légalité des délits et des peines, elle craint que « certaines définitions du terrorisme ne soient utilisées pour mettre hors la loi des entités religieuses pacifiques ou inscrire dans une liste noire des religions et des communautés entières en sorte qu'elles deviennent l'objet de soupçons systématiques »<sup>38</sup>.

Ce n'est donc pas l'interprétation littérale du droit pénal qui est à craindre ici, bien au contraire, mais celle du discours politique qui, sans définir le terrorisme, l'invoque pour fonder un droit d'exception et justifier ainsi la transgression des principes juridiques nationaux et internationaux.

Il est vrai que des cours suprêmes, qu'il s'agisse des États-Unis mais aussi d'Israël et du Royaume-Uni, ont tenté de limiter ce risque de fondamentalisme politique en ouvrant l'interprétation aux principes juridiques<sup>39</sup>. Mais l'ouverture se limite pour la première aux principes constitutionnels de droit interne (les conventions de Genève étant seulement citées à travers leur incorporation au droit américain), et pour la deuxième à une réinterprétation du protocole définissant la notion de « civils protégés », sans véritablement intégrer, à la différence de la Chambre des Lords, le droit international. Cette limitation est importante car le droit international (droit pénal et droits de l'homme) introduit une hiérarchie des valeurs indérogeables donc une rationalité éthique, alors que l'interprétation proposée, par référence aux principes de proportionnalité (entre la menace et la riposte) et d'équilibre (entre sécurité et liberté, ou entre nécessité et humanité), favorise une rationalité instrumentale : la gravité de la menace terroriste et la nécessité de protéger la sécurité, pouvant dès lors justifier la transgression des droits indérogeables (autorisant la torture et autres traitements inhumains ou dégradants)<sup>40</sup>.

Éviter le fondamentalisme politique du paradigme de la guerre contre le crime impliquerait une ouverture aux principes juridiques, nationaux et internationaux, afin d'introduire une rationalité à la fois instrumentale et éthique<sup>41</sup>. Il est vrai que le risque inverse, de clôture sur une interprétation du droit international qui privilégierait l'éthique au mépris des nécessités pratiques, doit également être envisagé, au vu du mot d'ordre de la lutte contre l'impunité qui pourrait conduire à concevoir le crime contre l'humanité comme un interdit sans exception.

36 *Alliance of Civilizations*, Final report of the High Level Group, 12 nov. 2006.

37 A. Jahangir, *La Liberté de conscience et de conviction*, rapport Conseil des droits de l'homme, A/HRC/4/21.

38 *Ibid.*, § 53.

39 Voir *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, précité.

40 *Ibid.*; également *Terrorismes, Histoire et droit*, dir. H. Laurens et M. Delmas-Marty, précité.

41 Voir R. Boudon, *Renouveler la démocratie*, éd. Odile Jacob, 2006, p. 85.

### Le crime contre l'humanité : un interdit sans exception

Ayant conquis son autonomie par rapport aux situations de guerre ou de « stress », la notion de crime contre l'humanité devient applicable en tout temps et en tout lieu. Le risque d'un fondamentalisme juridique a ainsi été expressément évoqué par Antoine Garapon : « On peut parler de fondamentalisme juridique lorsque le procès trouve en lui-même sa propre finalité, lorsque la satisfaction de juger le monde prime le souci de le transformer »<sup>42</sup>.

Mais vouloir transformer le monde est parfois plus dangereux que le juger. Aussi le risque de fondamentalisme semble-t-il tenir surtout à la finalité du procès si la punition était l'objectif unique à l'exclusion de tout autre. Il serait néanmoins possible d'ouvrir l'interprétation de la convention de Rome, au-delà des sanctions de type punition ou réparation, à des procédures de réconciliation, qui pourraient être invoquées au titre de la capacité des États à juger eux-mêmes l'affaire (art. 17 Statut CPI). Au lieu d'affirmer d'emblée l'incompatibilité entre le droit international qui impose l'imprescriptibilité, exclut parfois l'amnistie et passe sous silence les procédures de réconciliation, nous avons proposé des principes directeurs communs pour apprécier l'effectivité (rationalité instrumentale) des divers types de réponses au crime contre l'humanité et leur légitimité (rationalité éthique)<sup>43</sup>.

Ce qui n'exclut pas un autre risque de fondamentalisme qui serait d'enfermer le paradigme du crime contre l'humanité dans une interprétation fixant le sens de cette humanité érigée en valeur commune alors que chaque communauté l'imagine à sa manière car il y a diverses façons de relier dimension collective et respect de l'individu. Qu'il s'agisse du lien politique (de participation active à l'État), civil (de reconnaissance juridique comme citoyen), économique (d'échange et de réciprocité), social (d'intégration à la société démocratique) ou culturel (d'adhésion à un ensemble de croyances), chaque tradition exprime une vision différente du crime et de la réponse au crime. Seule la pluralité des interprétations permettrait d'exprimer pleinement la double différenciation, des individus et des groupes.

C'est sans doute pourquoi les rédacteurs des statuts des TPI et de la CPI sont restés prudents, se contentant d'énumérer, dans des listes toujours recommencées, les comportements interdits. Mais l'accumulation peut conduire à la banalisation et la prudence à l'incohérence. D'où la proposition de définir l'interdit à partir de deux principes : le principe de singularité, qui renvoie à une vision individualiste de l'être humain perçu comme être unique, et celui d'égale appartenance à la communauté humaine qui évoque l'être social.<sup>44</sup> Considérer ces principes comme indissociables permet de souligner la double nature, individuelle et collective, de l'humanité et même d'ouvrir les interprétations à de nouvelles pratiques, notamment dans le domaine des biotechnologies, en dégagant un troisième principe, le principe d'indétermination.

Loin d'exclure les communautés intermédiaires (nationales, familiales, tribales, religieuses, scientifiques, etc.), cette formulation montre seulement

42 A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, précité, p. 64.

43 « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne », *RSC* 2005, p. 473.

44 Voir « Les interdits fondateurs », précité ; également M. Delmas-Marty, I. Fouchard, E. Fronza et L. Neyret, *Le Crime contre l'humanité*, PUF, 2009.

que ce qui est vrai de l'individu – qui n'existe que dans sa relation aux autres – devient vrai aussi pour ces communautés intermédiaires qui n'existent, même les plus puissantes, que dans leur interdépendance avec les autres. C'est pourquoi elles peuvent se trouver ainsi tantôt du côté des victimes (notamment en cas de discriminations, pouvant aller jusqu'à l'*apartheid* ou au génocide), tantôt du côté des auteurs s'il s'agit d'organisations, voire d'États, à but criminel.

Mais l'exemple du génocide montre précisément la difficulté qu'il y a à admettre la pluralité des interprétations car la convention de 1948, adoptée aux lendemains de la Seconde guerre mondiale, est directement inspirée d'une histoire située dans l'espace et le temps : celle de l'expérience européenne tragique de l'holocauste des juifs. Elle n'est donc pas forcément adaptée à toutes les spécificités nationales et il n'est guère étonnant que sa transcription en droit interne, extrêmement hétérogène, puisse aboutir à une « renationalisation ».

Critiquée par les spécialistes de droit international<sup>45</sup>, cette pluralité d'interprétations est pourtant un moyen d'adapter l'interdit au contexte historique et culturel de chaque peuple. Elle est d'ailleurs conforme à l'esprit de la convention de l'Unesco sur la diversité culturelle signée à Paris le 20 octobre 2005 : en précisant sous le titre « relations avec les autres instruments » qu'il n'y a pas lieu de « subordonner cette convention aux autres traités » (art. 20), cette convention invite en effet à la pluralité des interprétations liées au contexte national.

Il reste à savoir comment éviter de dénaturer l'incrimination au nom de cette pluralité, par exemple si un État limite le génocide à un seul groupe de victimes, ou autorise, sous prétexte de pardon, une auto-amnistie ou des aveux tronqués. C'est dire la difficulté de la tâche, d'autant que l'adoption de principes communs à l'échelle nationale et mondiale se heurte au fait que la communauté mondiale est encore très fragile : elle peut déjà, du moins les juges internationaux l'affirment-ils, punir au nom de l'humanité, mais le pardon reste soit un acte individuel de la victime, soit la marque d'une communauté suffisamment sûre d'elle-même pour prendre le risque d'une justice non violente.

On voit que le risque de fondamentalisme juridique du crime contre l'humanité ne peut être surmonté qu'en intégrant des variables de temps et de lieu, donc en admettant une interprétation évolutive et à plusieurs niveaux. Pour y parvenir, il faut donc renoncer à associer les interdits « fondateurs » à la métaphore architecturale de l'édifice construit sur des « fondations » qui se voudraient stables et définitives.

### *Fonder une communauté mondiale sans fondations*

Fonder une communauté sans fondations préalables, ou plutôt à partir de fondations provisoires, instables et dispersées, tel est en effet le défi à relever, pour échapper au risque des fondamentalismes, qu'il s'agisse d'invoquer des

45 Voir « L'hétérogénéité de la réception du droit international dans les ordres juridiques internes », in *Les Processus d'internationalisation*, vol. VII *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, dir. M. Delmas-Marty, MSH 2001, p. 213 s. Comp. E. Fronza, in *Le Crime contre l'humanité*, PUF, 2009.

valeurs évolutives exprimées par les interdits ou d'organiser leur mise en œuvre à plusieurs niveaux.

### Des valeurs évolutives

Connaissant la difficulté pour les grandes religions d'intégrer les découvertes scientifiques de chaque époque à l'interprétation des dogmes, il n'est pas étonnant que les juristes soient pris de vertige à la lecture de la liste interminable des comportements qualifiés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité dans le statut de la CPI (art. 7 et 8), éclairé par la jurisprudence des TPI. Nécessaire à son adaptation au monde réel, la réécriture quasi permanente de la liste rend les fondations particulièrement instables.

Par exemple, le crime de guerre, défini sur plusieurs pages<sup>46</sup>, s'étend désormais au fait de « diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera des dommages étendus durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » (art. 8 § 2 b, iv). On est loin des conventions de La Haye et même de Genève !

De même la diversification des crimes contre l'humanité va des atteintes à la vie et à l'égalité de dignité de la personne, y compris les différentes formes de violence sexuelle, aux destructions de biens culturels, qui tantôt prouvent l'intention discriminatoire du génocide, tantôt constituent un crime de guerre (bombardements d'édifices civils anciens dont la restauration est impossible), tantôt un crime contre l'humanité : qualifiée de persécution, la destruction de mosquées avec intention discriminatoire, considérée comme une attaque contre l'identité religieuse d'un peuple, peut constituer un crime contre l'humanité « car c'est l'humanité dans son ensemble qui est affectée par la destruction d'une culture religieuse spécifique et des objets culturels qui s'y rattachent »<sup>47</sup>.

Et au-delà des valeurs déjà consacrées, l'apparition des « questions émergentes » marque bien l'impossibilité de fixer les fondations de cette communauté mondiale qui s'interroge désormais sur la nécessité d'encadrer ses propres pouvoirs, envisageant d'étendre l'interdit de l'extermination d'êtres humains à leur fabrication. L'interdit de la sélection eugénique et du clonage reproductif humain est déjà inscrit dans le code pénal français comme « crime contre l'espèce humaine ». En cas de pratiques massives, « systématiques ou généralisées », la qualification de crime contre l'humanité serait plus cohérente, encadrée par les trois principes énoncés (singularité, égale appartenance et indétermination), qui ont le mérite de ne pas séparer l'évolution biologique (hominisation) de l'apprentissage humaniste (humanisation)<sup>48</sup>.

Et l'interdit pourrait encore s'étendre, des personnes au patrimoine commun de l'humanité, ou plus largement, aux atteintes à la sûreté de la planète et à l'équilibre de la biosphère, car nous sommes les seuls êtres vivants à pouvoir répondre de l'avenir de la planète. Façon de souligner que les valeurs n'ont de sens que si l'interdit s'adresse à des êtres responsables.

46 W. Bourdon, *La Cour pénale internationale*, Seuil, 2000, p. 58-64.

47 TPIY, Affaire *Kordic et Cerkez*, Chambre de 1<sup>re</sup> instance, jugement du 26 février 2001.

48 M. Delmas-Marty, « Hominisation, humanisation », in *Darwin a deux cents ans*, dir. A. Prochiantz, éd. Odile Jacob, à paraître, 2010. Également « Les interdits fondateurs », in *Les Forces imaginantes du droit*, Vol. IV, *Vers une communauté de valeurs*, précité.

Mais pour appliquer la responsabilité dans le contexte collectif d'une « criminalité de système », il a fallu élaborer une théorie des partages de responsabilité : horizontal entre les divers participants qui contribuent à l'entreprise criminelle conjointe, le partage se verticalise selon la chaîne de commandement hiérarchique, civil ou militaire. Élaborée par le droit international conventionnel et la jurisprudence des juridictions internationales, cette théorie s'inspire de conceptions nationales, hétérogènes et divisées, qu'il s'agisse d'individus ou de groupements criminels. C'est dire que les fondations sont non seulement instables mais dispersées à plusieurs niveaux.

### Une mise en œuvre à plusieurs niveaux

Renonçant à attribuer la responsabilité aux États et aux groupements pour la limiter aux individus, la communauté internationale, qui se veut strictement *interétatique*, favorise paradoxalement l'émergence d'une communauté mondiale *interindividuelle*. Encore faut-il savoir à quel niveau – national, international ou mixte –, les intérêts de cette justice rendue au nom de l'humanité seront effectivement protégés et la légitimité du jugement reconnue et acceptée.

Nous avons fait l'hypothèse d'une internationalisation sélective autour de deux couples antagoniques : le couple « Interdire/justifier » et le couple « Punir/pardoner ». Suggérant qu'il était plus facile de s'entendre sur l'interdit et la punition que sur la justification et le pardon, nous imaginions une sorte de division du travail entre les juridictions nationales et internationales pour trouver un équilibre entre le relatif et l'universel.

Cette division du travail, qui n'est pas officiellement consacrée mais résulte des résistances nationales, est apparue encore plus complexe, incluant notamment la séparation dans l'espace entre le prononcé de la peine et son exécution, ou encore dans le temps, entre le temps de la punition et celui du pardon. De sorte que les règles d'attribution des compétences marquent un véritable retournement : au principe de primauté qui reconstituait une structure pyramidale et hiérarchisée au profit des juridictions internationales, les pratiques puis les textes ont en effet substitué un principe de complémentarité qui suggère une structure en réseau dans laquelle les juridictions nationales, internationales et internationalisées dialoguent et s'attribuent compétence au cas par cas.

On peut espérer que les juges agissent dans l'intérêt général, mais le beau thème de la bénévolence défendu par Guy Canivet<sup>49</sup>, n'exclut ni les emprunts au coup par coup, ni même la guerre des juges. S'il est nécessaire, pour des raisons d'efficacité, mais également de légitimité, de combiner l'action de la justice internationale et celle des justices nationales, il serait donc également nécessaire, en raison de ces dérives inévitables, de placer la justice internationale en surplomb. La structure en réseau n'exclut pas la prééminence de la CPI : non seulement comme substitut des juridictions nationales défaillantes, mais aussi pour assurer une harmonisation permanente et évolutive des droits, garantir contre toute renationalisation incompatible avec les exigences inter-

49 G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : éloge de la bénévolence des juges », *RSC* 2005, p. 799.

nationales<sup>50</sup>. Mais ce retour à la justice internationale, éventuellement renforcé par un recours en interprétation auprès de la CPI, pourrait être compris comme un appel à une interprétation unificatrice. À nouveau surgit le spectre d'un fondamentalisme qui transformerait le corps judiciaire en nouveau clergé au service du dogme universaliste. À moins de réussir à ouvrir d'autres voies.

### *Les voies d'un universel pluraliste*

L'absence de fondations marque peut-être la nécessité de se représenter les interdits comme des processus en cours : transformateurs avant d'être fondateurs, les interdits ne peuvent favoriser l'émergence d'une communauté mondiale que s'ils sont suffisamment mobilisateurs pour inspirer une dynamique qui rapproche sans exclure toutes les différences, favorisant les interactions, voire les hybridations.

Les pratiques suggèrent de combiner deux voies : d'une part le dialogue qui tend au rapprochement par tâtonnements, compromis et approximations progressives, fût-ce au prix de malentendus provisoires<sup>51</sup> ; d'autre part l'approfondissement, apparemment unilatéral, mais qui rapprocherait aussi en pénétrant au plus profond de chaque culture, ne renonçant ni à l'identité de chacune, ni à la recherche de valeurs communes.

#### **Le rapprochement par le dialogue**

L'objectif du dialogue, par argumentation et interprétation croisées, ne serait donc ni l'enfermement sur les différences, ni l'uniformisation, mais l'approximation, au sens littéral. Or la proximité favorisée relativise le relativisme, comme elle relativise l'universalisme en introduisant, entre la conformité et la différence, la notion de compatibilité qui permet l'harmonie, donc la coexistence pacifique<sup>52</sup>.

Mais un tel objectif implique un jeu complexe d'interactions, ascendantes et descendantes. Il se développe de façon ascendante lorsque les juges internationaux interprètent le dispositif international à la lumière des droits nationaux, comme le prévoit l'article 21 § 1 c du statut de la CPI qui renvoie aux « principes généraux du droit dégagés par la cour à partir des lois nationales représentant les divers systèmes juridiques du monde, y compris les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues ».

Qu'il s'agisse de l'interdit lui-même, des faits justificatifs, de l'attribution de la responsabilité ou de la fonction de la peine, la jurisprudence offre de nombreux exemples de ces processus ascendants, rendus plus difficiles encore par les différences linguistiques : c'est ainsi que la gradation de la négligence simple ou délibérée à l'intention criminelle, le cas échéant aggravée par le motif discriminatoire du génocide, est exprimée avec des nuances différentes d'une

50 G. Giudicelli-Delage, « Poursuivre et juger selon les intérêts de la justice : complémentarité et/ou primauté ? » *RSC* 2007, p. 473.

51 H. Atlán, *Les Étincelles de hasard*, t. 2 *Athéisme de l'écriture*, Seuil, 2003, p. 56-59.

52 Voir « Harmonisation par rapprochement », in *Le Pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, p. 69-100.

langue à l'autre, le terme de dol éventuel étant, par exemple traduit tantôt par *negligence* tantôt par *recklessness*. Entre le droit écrit (y compris les nombreuses révisions des règlements par les juges eux-mêmes pour les TPI) et une jurisprudence très évolutive, l'interprétation ne se stabilise que lentement. Et il est apparu très tôt<sup>53</sup> que les juges limitaient le plus souvent la comparaison aux systèmes occidentaux : « Le Statut et le Règlement du Tribunal réalisent une synthèse des deux grandes traditions juridiques, à savoir la *common law*, d'une part, qui a inspiré les pays anglophones et la tradition civiliste, d'autre part, qui caractérise l'Europe continentale et la plupart des pays recourant au code »<sup>54</sup>.

Cette vision réductrice légitime, me semble-t-il, le processus descendant qui consiste à réintroduire les diversités nationales dans la transposition de chaque interdit en droit interne. L'exemple du génocide permet de comprendre comment chaque peuple tend à redéfinir la notion de groupe victime en fonction de son histoire. Encore faut-il distinguer ce processus de renationalisation pour les crimes du temps présent (génocide ou crime contre l'humanité) de la question des crimes, comme l'esclavage, qualifiés « crimes de l'histoire » : de l'histoire et non du droit, comme pour marquer la difficulté du droit à remonter le temps en utilisant rétroactivement un concept apparu au milieu du XX<sup>e</sup> siècle.

Au présent, l'interaction entre les deux processus est facilitée par des techniques comme le « dénominateur commun » qui commande l'interprétation ascendante mais suppose de véritables recherches comparatives, ou la « marge nationale d'appréciation » qui limite l'intégration descendante en combinant cohérence (logique et prévisibilité du droit) et cohésion (souplesse et résistance du système grâce à la diversité de ses composantes)<sup>55</sup>. Mais ces techniques supposent un contrôle international, rarement prévu. Et, quand il existe, ce contrôle souple peut conduire à l'arbitraire<sup>56</sup>. Construire un universel pluraliste supposerait donc un double travail de la communauté internationale : d'une part établir l'inventaire, au moins sur les points les plus sensibles, des convergences entre les systèmes nationaux visés par l'article 21 précité ; d'autre part, en cas de divergences, dégager les critères qui devraient commander l'ampleur de la marge admise dans la transposition de l'interdit en droit interne.

Au plan national, les pays qui ont transposé les interdictions internationales dans leur droit interne ont plutôt valorisé le critère juridique de la protection des droits de l'homme : ainsi, par exemple, le code pénal international allemand a renforcé la légalité en précisant la définition des infractions, l'attribution de la responsabilité et la détermination des peines. Mais la question de critères culturels, renvoyant par exemple à une justice alternative comme celle qui relève des commissions de vérité et de réconciliation, est plus difficile à apprécier. Sans doute faut-il alors combiner la dynamique de l'approximation avec celle de l'approfondissement.

53 *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002, p. 95 s.

54 TPIY, Affaire *Delalic et al.*, Chambre de 1<sup>re</sup> instance, jugement du 16 novembre 1998, § 159.

55 Voir M.-L. Izorches, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction ? », *RSC* 2006, p. 25.

56 F. Tulkens et L. Donnay, « L'usage de la marge d'appréciation par la CEDH, paravent juridique ou mécanisme indispensable par nature ? » *RSC* 2006, p. 3.

### Le rapprochement par approfondissement

L'approximation ne suffit pas à résoudre les conflits de valeurs les plus durs, ceux qui opposent, à travers des cultures présentées comme absolument différentes, les vérités révélées aux discours de la raison. Si l'on oppose un relativisme absolu à un universalisme, même pluraliste, aucune communauté de valeurs n'est concevable. Aussi faut-il aussi explorer la voie, évoquée par Paul Ricœur et de façon implicite par Mohammed Arkoun<sup>57</sup>, de l'approfondissement. On se souvient de l'image de la sphère : « si j'essaye de courir à la surface de la sphère, d'être éclectique, je ne trouverai jamais l'universel parce que je ferai du syncrétisme ; mais si je m'approfondis assez dans ma tradition, je raccourcis la distance aux autres dans la dimension de la profondeur... à la surface la distance est immense, mais si je m'approfondis, je me rapproche de l'autre qui fait le même chemin »<sup>58</sup>.

Entre l'approfondissement et l'approximation, le paradigme du droit comme traduction, défendu par François Ost, pourrait faciliter la synergie. La traduction s'inscrit en effet dans le prolongement de l'argumentation et de l'interprétation, mais elle s'en distingue. L'argumentation a pour objectif de convaincre, manière rusée de poursuivre le combat et de chercher finalement à vaincre : « la perspective argumentative est donc toujours menacée d'une surdétermination utilitariste finalisée par l'anticipation du résultat escompté »<sup>59</sup>. Quant à l'analyse bien connue du droit comme interprétation, liée au texte et non transposable aux autres formes juridiques, elle présuppose une connivence entre l'émetteur et le récepteur qui n'incite pas à l'approfondissement. On le voit dans ces décisions où les TPI s'efforcent d'explicitier leurs méthodes d'interprétation, réduisant la diversité du monde aux deux grandes traditions juridiques occidentales<sup>60</sup>. Tout au contraire la traduction, présupposant la différence, invite à l'approfondissement. À condition de ne pas la limiter à sa fonction instrumentale (établir la liste des éléments de preuve dont l'accusé doit pouvoir prendre connaissance dans sa langue<sup>61</sup>). Car la traduction n'est pas seulement affaire linguistique, elle devrait inviter à prendre conscience du contexte anthropologique dans lequel on s'adresse à l'autre, par exemple quand on introduit le « plaidoyer coupable », sans équivalent dans de nombreuses cultures, occidentales et non occidentales.

C'est dire l'intérêt des commissions vérité et réconciliation car elles proviennent d'une conception non occidentale qui refuse de placer le droit et les juridictions pénales en première ligne de la réponse aux transgressions des interdits. Pour être comprises cette conception devait elle-même s'approfondir. C'est peut-être la principale différence entre les pratiques latino-américaines, au départ trop ouvertement politiques (auto-amnistic), et celles d'Afrique du Sud, plus dérangeantes précisément parce qu'elles se fondent sur un travail d'approfondissement par référence à la culture africaine, revisitée par un évêque, le président de la commission Desmond Tutu.

57 M. Arkoun « Pour une genèse subversive des valeurs », in *Où vont les valeurs ?*, dir. Bindé, Unesco, 2004.

58 J.-P. Changeux et P. Ricœur, *La Nature et la Règle*, éd. Odile Jacob, 2008, p. 300-302.

59 F. Ost, *Traduire*, Fayard, 2009.

60 TPIY, Affaire *Delalic et al.*, Chambre de 1<sup>re</sup> instance, jugement du 16 novembre 1998, § 159.

61 TPIY, Affaire *Ljubicic*, Chambre de 1<sup>re</sup> instance, décision du 20 novembre 2002.

D'où la possibilité de transformer une hérésie à combattre en une alternative crédible à assimiler. Si l'hérésie a donné l'occasion de s'interroger à nouveau sur des certitudes officielles comme le caractère inamnistiable des crimes contre l'humanité, ou le dogme selon lequel il ne saurait y avoir de paix sans justice pénale, elle a sans doute montré, malgré les controverses (ou grâce à elles), une voie nouvelle à laquelle tous les rapports officiels font désormais référence, s'efforçant avec plus ou moins de bonheur de l'intégrer au droit international pénal en construction. Certes les rapports de force continuent à mener le monde, mais après tout, si l'*apartheid* a finalement pris fin en Afrique du Sud sans vainqueur ni vaincu, c'est que l'accord était nécessaire pour relever les défis communs.

À supposer possible un accord mondial sur l'interdit du crime contre l'humanité, il n'échappera pleinement au risque de fondamentalisme qu'à la condition de s'accompagner de la reconnaissance de ces droits dits « fondamentaux »<sup>62</sup> qui soulèvent la même énigme que les interdits fondateurs, car ils sont supposés fonder une communauté dont les piliers (légalité et garantie judiciaire) ont précédé les fondations.

Sylvie.Sportouch@college-de-france.fr

62 Voir « Les droits fondamentaux », in *Les Forces imaginantes du droit*, vol. IV, *Vers une communauté de valeurs*, précité.