

## Études juridiques comparatives et internationalisation du droit

M<sup>me</sup> Mireille DELMAS-MARTY, membre de l'Institut  
(Académie des Sciences morales et politiques), professeur

### COURS : VERS UNE COMMUNAUTÉ DE VALEURS ? — LES INTERDITS FONDATEURS

Le point d'interrogation s'impose. Comment concevoir une communauté de valeurs qui consacrerait l'universalisme proclamé en 1948 par la Déclaration universelle des droits de l'homme, tout en assurant le respect de la diversité culturelle imposé par la Convention Unesco de 2005 sur la diversité culturelle ?

À cette question, placée au confluent des pratiques juridiques et des représentations, politiques, philosophiques et anthropologiques, on ne saurait trouver réponse dans les seules études juridiques. Du moins le droit peut-il contribuer à consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser (fonction législative) et de les mettre en œuvre (fonctions judiciaire et exécutive). Mieux encore, le droit engendre parfois des valeurs qui n'avaient pas encore été exprimées comme telles, anticipant alors sur leur formation.

Autrement dit, nous observons une relation dialectique entre éthique et droit. Tantôt le chemin — c'est apparemment le plus logique — mène des valeurs au droit, ou encore, pour reprendre le titre du rapport du Conseil d'État qui précéda les lois bioéthiques, « De l'éthique au droit ». Tantôt, de façon plus étonnante, le chemin se parcourt, à l'inverse, du droit à l'éthique : en posant le crime « contre l'humanité » comme une interdiction pénale, le droit international définit aussi un interdit, au sens symbolique du terme, alors même que l'humanité est loin d'avoir été explicitement conçue et définie comme valeur universelle à protéger.

Mais de quel droit s'agit-il ? Selon que l'objectif est de s'accorder de façon positive sur les valeurs à promouvoir, ou de façon négative sur les principaux interdits, on privilégiera les droits de l'homme ou le droit pénal, tout en évitant de les classer en termes d'antériorité ontologique : ni péché originel, ni bonté originelle, mais sans doute un inextricable lien de l'un à l'autre, qui appellerait simultanément interdits fondateurs et droits fondamentaux.

Pourtant, on commencera par les interdits car l'analyse juridique suggère l'antériorité des pratiques pénales. La plupart des communautés de droit se sont stabilisées autour de quelques interdits, à la fois symboliques et juridiques, à tel point que le droit, dans un pays aussi vaste que la Chine, s'est pendant des siècles identifié au droit pénal.

Cette fonction fondatrice — constituer et structurer les diverses communautés humaines autour de valeurs — n'est pas propre au droit, mais le droit lui donne la signification et la force qui manquent aux autres systèmes normatifs. Certes le droit peut servir à des fins diverses, mais à mesure que l'interdit juridique se détache de ses origines religieuses, il subordonne le pouvoir et la technique à une raison humaine. Or cette capacité de « mettre à la raison » les pratiques humaines est particulièrement présente en droit pénal, au point de suggérer que l'interdit pénal aurait vocation à être le plus « fondateur » de tous les interdits juridiques car il exprime la façon dont chaque communauté se représente la vie et la mort, le pouvoir, le sexe, ou encore l'appropriation et le partage des biens.

Mais le droit pénal s'inscrit ainsi dans le relativisme propre à chaque communauté particulière. Pour fonder une communauté de valeurs à l'échelle mondiale, il faudrait surmonter le paradoxe qui place aujourd'hui en première ligne de la mondialisation le moins universalisable des systèmes de droit.

Il reste donc à savoir si, et à quelles conditions, le droit pénal pourrait, en s'internationalisant autour du refus de « l'inhumain », réussir à construire une telle communauté. La réponse ne saurait se limiter au postulat que par son existence même le droit international pénal serait d'emblée fondateur de valeurs. Elle renvoie plutôt à l'hypothèse qu'en intégrant les désaccords révélés par les procès criminels, l'internationalisation pénale pourrait progressivement contribuer à élaborer des valeurs communes en articulant entre eux, aux trois niveaux de l'éthique, l'universalisme apparent de la souffrance, le relativisme des représentations juridiques du crime et de la peine et l'universalisme en formation des procès intentés au nom de l'humanité.

La difficulté est que cette articulation entre le relatif et l'universel semble remise en cause par une double scission. D'abord une scission, à la base même de l'incrimination pénale, entre l'interdit proprement dit, c'est-à-dire le comportement défini comme crime, qui a vocation universelle, et les diverses techniques juridiques qui tendent à le justifier (légitime défense, état de nécessité, contrainte, etc.), qui restent enracinées dans chaque tradition nationale. C'est sans doute la principale raison de l'échec des efforts pour incriminer le terrorisme à l'échelle mondiale, tant les justifications varient d'un État à l'autre. On peut donc avancer l'hypothèse que les deux composantes du couple « interdire/justifier » ne se situent pas d'emblée au même plan : l'interdit semble universel, ou universalisable, mais il est relativisé par les justifications nationales. Si le « crime de guerre », et *a fortiori* le crime « contre l'humanité », gardent une dominante universaliste, un troisième paradigme annonce le retour en force du relativisme national, depuis

que le mot d'ordre de « guerre contre le crime », réactivé précisément en matière de terrorisme par les attentats du 11 septembre 2001, a pris une signification juridique et pas seulement politique.

Mais la scission traverse aussi la mise en œuvre de l'interdit : qu'il s'agisse de reconnaître la responsabilité, d'attribuer la compétence pour poursuivre et juger l'affaire, ou de déterminer la sanction, les choix apparemment techniques commandent l'équilibre au sein du couple « punir/pardoner », répartissant justice et paix sociale entre le niveau universel et le niveau national.

On se souvient des propos d'Hannah Arendt sur le pardon : qu'il s'agisse d'épargner les vaincus ou de commuer la peine de mort, le pardon, qui correspond à la condition humaine — nul ne peut se pardonner à soi-même —, ne lui semblait pensable qu'à l'échelle d'une communauté organisée comme telle. Telle serait la raison profonde de sa formule, souvent citée, des « crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner ». Replacée dans le contexte d'un livre écrit en 1958, cette formule renvoie à des « offenses radicalement mauvaises et dont nous savons si peu de choses même si nous avons été exposés à l'une de leurs rares manifestations en public. Tout ce que nous savons, écrit-elle, 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 humain qu'elles détruisent tous deux radicalement partout où elles font leur apparition »<sup>1</sup>. Et pourtant en 1961 Arendt assistera au procès d'Eichmann en Israël, et en défendra le bien fondé, tout en montrant ses faiblesses et en soutenant la proposition de Jaspers en faveur du jugement par un tribunal international. Regrettant, quelles qu'aient été les difficultés techniques, que personne n'ait pris la peine d'examiner sérieusement cette proposition, elle considère comme « nécessité impérieuse » la création d'une cour pénale internationale.

Aujourd'hui que cette cour a été créée, le débat est renouvelé par l'apparition quasi simultanée, à côté de cette justice pénale internationale, d'une justice nationale alternative, organisée autour des « commissions vérité et réconciliation », sur le modèle expérimenté en Afrique du sud, en Amérique latine ou au Maroc. Si la communauté mondiale est sans doute trop fragile pour oser pardonner — ce qui explique l'omniprésence en droit international du mot d'ordre de lutte contre l'impunité —, en revanche elle exerce désormais, à travers les juridictions internationales, un tout nouveau droit mondial de punir.

C'est ainsi que la communauté internationale pourrait se transformer en une communauté humaine qui se reconnaît des valeurs communes, mais cette transformation est à la fois sélective et discontinue, car elle relève de ces deux couples conflictuels :

1. H. Arendt, *The Human Condition*, 1958, trad. Calman-Lévy, 2<sup>e</sup> éd. 1983, *La condition de l'homme moderne*.

— le couple « interdire/justifier », commandé par les trois paradigmes, tantôt complémentaires et tantôt contradictoires, du crime de guerre, de la guerre contre le crime et du crime contre l'humanité ;

— le couple « punir/pardoner », au croisement de trois débats majeurs portant sur la responsabilité confrontée à l'impunité, la poursuite et le jugement « dans les intérêts de la justice », enfin la nature de la sanction.

### 1. Interdire/justifier : trois paradigmes

Il faut revenir à Héraclite pour comprendre que la guerre est à la fois ce qui nous oppose et ce qui nous est commun (« *ton polemon eonta zunon* »). Il n'est donc surprenant ni que les premiers interdits fondateurs d'une communauté internationale soient apparus à propos de la guerre, ni qu'ils aient échoué à l'interdire, tant la question morale reste ambiguë, car la guerre est toujours jugée deux fois, tout d'abord en considérant les raisons qu'ont les États de faire la guerre, ensuite en considérant les moyens qu'ils adoptent. Exprimée par la distinction célèbre *jus ad bellum* et *jus in bello*, cette ambiguïté semble traduire deux objectifs différents : d'une part interdire (ou au moins limiter) le recours à la guerre en encadrant le concept d'agression et son corollaire de la légitime défense ; d'autre part, interdire, en cas de guerre, les traitements inhumains, qu'il s'agisse des combattants, des prisonniers ou des non combattants.

Ce double interdit sera finalement inscrit dans le statut des tribunaux militaires de Nuremberg et Tokyo à travers le crime contre la paix, ou crime d'agression, et le crime de guerre, ou « violation des lois et coutumes de la guerre », prolongé par la création du crime contre l'humanité.

Mais les trois crimes ont connu des évolutions différentes. Alors que le crime de guerre s'est consolidé et que le crime contre l'humanité s'est autonomisé, le crime d'agression, pourtant défini à Nuremberg comme « le crime international suprême », reste subordonné dans sa mise en œuvre à un accord sur sa définition. En attendant qu'aboutissent les propositions pour criminaliser l'agression (en vue de la conférence de révision du statut de Rome prévue en 2009), la logique est « retournée » en ce sens que l'agression deviendrait le fait justificatif qui fonderait la légitimité du nouveau paradigme de guerre contre le crime.

Le droit positif est ainsi passé des trois crimes complémentaires de Nuremberg aux trois paradigmes contradictoires résultant de cette internationalisation sélective qui superpose, à chaque bifurcation de l'histoire, une nouvelle conception de l'inhumain au sein du couple « interdire/justifier ».

#### *Le paradigme du crime de guerre : limiter l'inhumain*

Il faut attendre le 19<sup>e</sup> siècle pour que s'amorce la construction d'un droit international « humanitaire » autour de deux pôles : le « droit de La Haye », de type interétatique, précisant les droits et devoirs des belligérants dans la conduite

des opérations et limitant le choix des moyens utilisés dans les conflits armés internationaux, et le « droit de Genève », droit interindividuel destiné à protéger les victimes de la guerre et sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat, ainsi que les personnes et les biens de caractère civil.

Ces deux branches du droit applicable dans les conflits armés ont développé des rapports si étroits qu'elles sont regardées comme ayant fondé graduellement un seul système complexe, qu'on appelle aujourd'hui droit international humanitaire. Un système caractérisé par l'universalisme de l'interdit, mais dont la complexité reste profondément dépendante d'un relativisme propre à chaque État.

*L'universalisme*, attesté par une ratification massive des textes, reste en partie caché sous leur accumulation : « les juristes ont bâti un univers de papier qui échoue, sur des points capitaux, à correspondre au monde dans lequel le reste des êtres humains vivent toujours »<sup>2</sup>.

Cet univers de papier, fait de dispositifs confus, partiels et souvent redondants, peut apparaître comme un obstacle à la construction d'une véritable communauté de valeurs, mais il est sans doute inévitable car il traduit à la fois la force des résistances étatiques et l'obstination des courants humanistes.

Aux conventions de la Haye (1899 et 1907), qui prévoient seulement la responsabilité internationale des États belligérants et non la responsabilité pénale individuelle, se superpose, à partir de 1906, le droit de Genève inspiré par la Croix Rouge internationale. En 1945 l'apport du statut de Nuremberg sera d'incriminer tout l'ensemble comme « violation des lois et coutumes de la guerre », indiquant, mais de façon non limitative, des exemples de ces violations, qui seront repris dans les conventions de Genève adoptées en 1949 et permettront d'établir la liste des personnes ou des biens « protégés », encore élargie par le 1<sup>er</sup> Protocole additionnel adopté en 1977.

Avec la création des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (TPIY et TPIR), de nouvelles négociations, donc de nouveaux compromis, vont encore compliquer le tableau. Les statuts divergent selon la nature des conflits armés. Loin de tout simplifier, le statut de la Cour pénale internationale (CPI) détaille encore la définition des « crimes de guerre » en distinguant les incriminations directement applicables et celles dont la cour devra établir, au cas pas cas, la nature criminelle.

Derrière le jargon des juristes, une telle minutie marque cependant un effort pour traduire l'indignation dans un langage qui puisse prendre une signification commune, malgré les résistances politiques et malgré la diversité des langages et des cultures. C'est ainsi qu'à l'ouverture du procès de Nuremberg, le Procureur général américain Robert H. Jackson présenta le procès comme un « effort déses-

---

2. M. Walzer, précité.

péré de l'humanité », la véritable accusatrice étant « la civilisation », pour faire de ce droit humanitaire le langage commun de l'humanité.

Cette pédagogie de l'interdit fondateur sera également pratiquée par les juges des TPI, notamment à propos de l'article 3 commun aux conventions de Genève, dont le but est d'assurer le respect des règles d'humanité que « tous les peuples civilisés considèrent comme valables partout et en toutes circonstances ». Qualifiant ces règles de « quintessence des principes humanitaires énoncés dans l'ensemble des Conventions de Genève », les juges précisent qu'il s'agit de protéger la personne humaine contre des « actes odieux que toute nation civilisée considère comme inacceptables en toutes circonstances », parce qu'ils violent le droit à la dignité humaine.

Mais il reste à savoir si, précisément en cas de guerre, l'interdit peut néanmoins être levé, et le crime justifié, en raison de « nécessités militaires » qui nous ramènent au relativisme dans la mise en œuvre concrète de l'interdit.

*Le relativisme* est d'abord historique, le passé de chaque peuple pouvant expliquer la renationalisation partielle du crime de guerre. C'est ainsi que la France, en raison de son passé colonial, a manifesté à plusieurs reprises sa méfiance à l'égard de cette qualification pénale, écartant l'imprescriptibilité, puis retardant la mise en œuvre du statut de la CPI sur ce point. Le projet déposé en 2006 comble cette lacune, mais il sépare le crime de guerre (L. IV bis du code pénal) du crime contre l'humanité (L. II), réservant ainsi la possibilité d'un régime autonome, et n'assure qu'une transposition imparfaite du droit international, confirmant notre hypothèse opposant l'universalisme de l'interdit au relativisme de la justification (art. 461-16 sur les nécessités militaires et art. 462-9 combinant légitime défense et état de nécessité).

Loin d'être isolée, la position française rejoint celle de nombreux pays qui, de l'Amérique latine à la Chine, en passant par l'Afrique, le Moyen Orient et l'Europe, manifestent peu d'empressement à transposer le droit international humanitaire dans leur code pénal interne. D'autant que les États-Unis, qui avaient eux-mêmes inspiré le droit humanitaire international au 19<sup>e</sup> siècle, ont profité de leur statut de « superpuissance » pour adopter après le 11 septembre 2001 une législation qui le transgresse ouvertement, ainsi que le droit international des droits de l'homme.

Il est vrai que ce retour au relativisme tient aussi à l'inadéquation d'un interdit qui s'est construit sur la séparation, en partie dépassée, entre la guerre et la paix, les ennemis combattants et les civils innocents.

Entre guerre et paix les opérations liées au maintien de la paix sont difficiles à situer. Qu'elles soient nationales (le plus souvent américaines), *a fortiori* quand elles sont multinationales (Onu, Otan, UE, UA), les forces de maintien de la paix répondent à une gradation subtile — allant de maintenir la paix (*peace keeping*) à l'imposer (*peace enforcement*), voire à la construire (*peace build-*

*ding*) — qui les rapproche tantôt de forces de maintien de l'ordre (police), tantôt de forces armées lancées à la conquête de territoire, ou même de forces d'occupation. L'envoi de troupes à l'étranger ne peut donc être automatiquement assimilé à un acte d'hostilité : l'État hôte garde théoriquement pleine juridiction sur son territoire, alors que l'État d'origine cherche à exempter ses soldats de la juridiction du pays hôte, notamment quand les opérations se déroulent dans des pays dotés de systèmes pénaux incompatibles avec le sien (appliquant, par exemple, la *charia*). Quand il s'agit d'opérations placées sous contrôle de l'Onu, une directive du Secrétaire général impose le respect du droit humanitaire, mais elle donne compétence, en cas de violations graves, au pays d'origine. Or la compétence nationale est mal adaptée à des forces multinationales, d'autant que leurs opérations, en se rapprochant d'opérations policières, estompent la différence entre les militaires et les témoins, voire les auxiliaires de justice.

De même s'est estompée la différence entre les ennemis combattants et les civils éventuellement criminels, avec la nouvelle catégorie des « combattants illégaux ». Esquissée par la jurisprudence américaine pendant la seconde guerre mondiale, puis reprise dans l'ordonnance Bush du 13 nov. 2001 à propos des terroristes, la formule est explicitée par la Cour suprême d'Israël dans son arrêt du 14 décembre 2006 à propos des « assassinats ciblés ». Les « combattants illégaux » n'ont ni les droits des prisonniers de guerre — s'ils sont arrêtés ils seront jugés comme criminels — ni ceux des civils — ils peuvent être assassinés sans jugement préalable, comme des ennemis combattants et les « dommages collatéraux », y compris la mort de civils innocents, sont alors admis. Refusant de décider à l'avance que tout assassinat ciblé est contraire, ou conforme, au droit international, la cour a le mérite de poser un principe de proportionnalité qui, appliqué au cas par cas, conditionne la légitimité de « l'exécution ».

Pourtant, en écartant le paradigme du crime de guerre, la cour d'Israël est amenée à esquisser, comme les États-Unis auparavant, un nouveau paradigme — celui de la guerre contre le crime — qui risque non seulement de brouiller la distinction entre droit pénal et droit de la guerre, mais, en légitimant l'inhumain, de ruiner l'idée même de valeurs communes.

#### *Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ?*

La « guerre contre le crime » est d'abord un slogan politique, une propagande idéologique ciblée sur des crimes qui frappent l'opinion (drogue, crime organisé, corruption, terrorisme). Souvent accompagnée de propos compassionnels sur les victimes et de discours musclés sur la tolérance zéro, la formule est utilisée comme une métaphore destinée à rendre populaire un durcissement de la répression.

Il aura fallu le choc du 11 septembre 2001 pour que la métaphore guerrière, comme libérée de toute contrainte, devienne un véritable paradigme. Considérés comme l'équivalent d'une agression armée, les attentats terroristes ont en effet déclenché aux États-Unis la mise en place d'un dispositif nouveau et même d'un

nouveau système de valeurs : après le scandale de la prison d'Abu Ghraib, le *Military Commissions Act* d'octobre 2006, plus restrictif que le *War Crimes Act*, affaiblit l'interdit de la torture et donne autorité au Président des USA pour interpréter le sens des conventions de Genève.

Le nouveau paradigme, progressivement étendu à la plupart des pays, démocratiques ou non, consacre donc une double rupture : empruntant des éléments au droit de la guerre, il tend à militariser le droit pénal national, tout en écartant les garanties du droit international au point de conduire, au mépris des interdits du droit humanitaire et du droit international des droits de l'homme, à une renationalisation de l'inhumain.

*La militarisation* se traduit par un transfert de pouvoirs : les pouvoirs d'enquête, habituellement confiés aux services de police contrôlés par les autorités judiciaires, sont transférés aux services secrets contrôlés par l'armée et les pouvoirs de placer en détention, de juger de la culpabilité et de prononcer des peines, transférés des juridictions ordinaires à des juridictions militaires, ou même à des commissions militaires à caractère administratif.

À cette « déjudiciarisation » du procès s'ajoute la « désindividualisation » du criminel. Qu'il s'agisse d'imputer la culpabilité ou de déterminer la peine, le paradigme de la guerre conduit à l'abandon de la vision dogmatique juridicomorale (crime, culpabilité, punition) au profit d'une vision pragmatique associant sûreté de l'État et défense sociale. Fondé sur un concept imprécis d'état dangereux, présumé par simple appartenance à un groupe catalogué comme ennemi, l'objectif est la neutralisation, voire l'élimination, du criminel/déviant.

Cette véritable déconstruction du droit pénal national, combinée à l'exclusion des garanties internationales, risque à terme d'ouvrir, pour reprendre l'expression d'un juge anglais, un trou noir dans l'État de droit.

Dans sa réaction initiale aux attentats du 11 septembre 2001, l'administration Bush ne semblait pas avoir clairement décidé si ces attentats devaient être considérés comme des actes de guerre commis par des groupes terroristes transnationaux sponsorisés par des États ou des actes criminels commis par Oussama Ben Laden, ses coauteurs et ses complices. Cette incertitude quant à la distinction entre guerre et crime entraînait, comme on l'a vu, une incertitude quant au statut juridique du terroriste : considéré à la fois comme ennemi (ce qui exclut les garanties du droit interne) et comme criminel (ce qui écarte l'applicabilité du droit international humanitaire), le terroriste, qualifié de « combattant illégal », serait devenu hors-la-loi sans les efforts des juges pour contribuer, en réintroduisant des garanties, à la construction d'un paradigme compatible avec un État de droit.

À partir de 2004, les cours suprêmes de pays fortement engagés dans la « guerre contre le terrorisme » (États-Unis, Royaume-Uni, Israël), prises dans une sorte de bras de fer avec le législateur, vont s'efforcer de réintroduire des



garanties. Si la Chambre des Lords se fonde explicitement sur la Convention européenne des droits de l'homme, les autres cours reviennent à un équilibre entre sécurité et liberté, qui, à défaut de contrôle supranational, relève d'un choix purement national et laisse sans réponse d'éventuels conflits de valeurs, au moment même où l'on voit réapparaître un débat que l'on croyait révolu sur l'usage, voire la légitimation, de la torture.

*La renationalisation* remonte au 11 septembre 2001 : en admettant qu'un État victime d'un attentat terroriste puisse invoquer la légitime défense, le Conseil de sécurité des Nations Unies (résolutions des 12 et 28 septembre 2001) a ouvert la voie à une légitimation de la guerre contre le terrorisme. Du même coup, l'interdit de l'inhumain se trouve renationalisé, chaque État appréciant souverainement les moyens et l'ampleur de la riposte.

Certes l'élargissement à la défense préventive, avancé dans un premier temps par le gouvernement américain à l'appui des frappes contre l'Irak, ayant suscité de fortes réserves, notamment de la France, ne sera finalement pas consacré. Toutefois beaucoup d'auteurs estiment qu'un tel élargissement est devenu inéluctable à une époque où les technologies, notamment nucléaires, mettent des armes de destruction de masse à la portée des groupes terroristes. Il est donc envisagé de modifier la Charte des Nations Unies pour autoriser la légitime défense préventive, tout en l'encadrant par des conditions telles que les preuves de la menace ou la proportionnalité de la riposte, ou même en prévoyant une procédure d'arbitrage et de dédommagement en cas de transgression.

Mais le problème n'est pas seulement la légitimité de la défense ; il est aussi celui de la légitimité de la riposte. Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme admettent en effet une différence majeure entre le droit à la vie, qui n'exclut pas, si la proportionnalité est respectée, de tuer en état de légitime défense, et le droit à la dignité qui exclut toute dérogation à l'interdit de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

À défaut de cour mondiale des droits de l'homme, les tribunaux pénaux internationaux sont les premiers (affaire *Furundzija*, en 1998) à avoir affirmé à l'échelle mondiale que l'interdiction de la torture est devenue une norme impérative (*jus cogens*), c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale au rang le plus élevé : « il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser ». Si la Charte des Nations Unies devait être modifiée, il serait indispensable de rappeler ces principes pour encadrer, au regard de valeurs universelles, le paradigme de la guerre contre le crime. Un cadre sans doute transitoire car seul le crime « contre l'humanité », dégagé de la métaphore guerrière, permettra de dépasser, dans une communauté élargie à toute la planète, l'opposition entre guerre et paix.

*Le paradigme du crime contre l'humanité : construire l'humanité comme valeur*

Tout comme les « lois de l'humanité » invoquées par Chateaubriand, l'expression de « crime contre l'humanité et la civilisation », ou de « lèse-humanité », puis de « crime contre l'humanité », est longtemps restée en marge de la sphère juridique, associée à la rhétorique littéraire ou diplomatique plutôt qu'à la terminologie pénale. Il faut attendre 1945 pour que le crime contre l'humanité soit inscrit dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Mais le tribunal évita de le séparer des autres crimes visés par le statut et le juge français Henri Donnedieu de Vabres put constater avec satisfaction, car il n'y croyait guère lui-même, que le crime s'était « volatilisé » au cours du procès.

Cette entrée en scène discrète ne l'empêchera pas de conquérir son autonomie, devenue manifeste en 1997, lorsque les juges du TPIY affirment, à l'appui de leur premier jugement de condamnation (*Erdemovic*, 1996) : « Les crimes contre l'humanité transcendent l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque la spécificité du crime contre l'humanité ».

On perçoit la richesse, mais aussi l'ambiguïté, de cette définition qui comprend l'humanité tantôt comme humanité-valeur, tantôt comme humanité-victime. Comme valeur, l'humanité fonde, dans le prolongement du crime de guerre, l'interdit de l'inhumain. En revanche la référence à l'humanité-victime marque bien la naissance d'un nouveau paradigme qui nous ferait passer d'une communauté nationale, ou internationale, à une communauté humaine. Les juges en tirent d'ailleurs un classement en termes de gravité : « Le fait que les crimes contre l'humanité portent atteinte à un intérêt plus large que celui de la victime directe et qu'ils sont, dès lors, d'une nature plus grave que les crimes de guerre se manifeste dans les éléments intrinsèques constitutifs d'un crime contre l'humanité ».

Mais le paradigme reste inachevé car l'extension toujours recommencée des interdits qualifiés de « crime contre l'humanité » ne fait que suggérer leur signification, mais sans jamais expliciter les critères qui caractériseraient l'inhumain.

*L'extension* concerne d'abord le temps de l'interdit : initialement lié, comme le crime de guerre, à un contexte de conflit armé, il s'en détache progressivement pour atteindre une autonomie complète dans le statut de la CPI. Mais la lecture comparée des textes et des décisions de jurisprudence révèle aussi une extension du contenu même du crime : il y a quelque chose d'incantatoire dans cette incrimination en perpétuelle évolution qui semble relever d'une « croyance », quasi magique, à la force du droit (au sens où Pierre Bourdieu employait ce terme).

Aux atteintes à la vie, comme l'assassinat ou le génocide, le statut de Nuremberg associe déjà certaines atteintes à l'égale dignité, comme la réduction en esclavage, la déportation et « tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre », ou encore les « persécutions

pour des motifs politiques, raciaux ou religieux ». Les statuts des TPI ajoutent notamment la torture et le viol et celui de la CPI les disparitions forcées de personnes.

Et la jurisprudence intègre depuis peu la protection de biens culturels. Si la destruction intentionnelle du patrimoine commun de l'humanité est interdite par la Déclaration de l'Unesco adoptée en 2003, peu après le dynamitage par les Talibans du grand Bouddha de Bamyan, il ne s'agit pas d'un interdit pénal, la déclaration n'étant pas assortie de sanctions. Pourtant les TPI sanctionnent la destruction de biens culturels, tantôt comme élément prouvant l'intention du crime de génocide, tantôt comme infraction aux lois et coutumes de la guerre, tantôt au titre des persécutions qui caractérisent le crime contre l'humanité.

*La signification* de ces listes toujours recommencées resterait à dégager autour de cette « humanité-valeur » qui les sous-tend. L'humanité, chaque culture l'imagine à sa manière, mais toutes lui reconnaissent — comment faire autrement ? — une dimension collective. Toute la difficulté est dans la façon d'articuler, ou d'opposer, le collectif et l'individuel. Pour réconcilier les droits de l'homme et l'humanité, il faut prendre en compte l'ensemble des relations entre l'individu et la collectivité. Qu'il s'agisse de relations politiques, civiles, économiques, sociales ou culturelles, l'humanité semble relier de façon indissociable la singularité de chaque être humain et son appartenance à une communauté. Mais de quelle communauté s'agit-il ? Évoquer l'humanité dans une perspective universelle est un appel à reconnaître un principe d'égalité d'appartenance à la communauté humaine qui ne nie pas pour autant la diversité des êtres humains et des communautés intermédiaires (famille, clan ou nation), étant observé que ces communautés se trouvent tantôt du côté des victimes persécutées, tantôt des auteurs, génocidaires ou esclavagistes.

Mais l'humanité n'est pas seulement menacée par les destructions et les persécutions. Avec le « biopouvoir », on passe à la fabrication d'humains, la mise en ordre eugénique de la société que Michel Foucault décrivait comme une façon « d'investir la vie de part en part ». Eugénisme, mais aussi reproduction asexuée par clonage, ou encore fabrication de chimères, les fantasmes d'hier seront réalisables demain. Pour y répondre, la France vient d'ajouter au crime contre l'humanité un nouveau crime « contre l'espèce humaine », au risque de séparer ainsi l'homínisation de l'humanisation.

Réunifier espèce humaine et humanité amènerait à définir comme crime contre l'humanité tout comportement non seulement volontaire mais encore systématique ou généralisé tendant : *soit* à la violation du principe de singularité (extermination de groupes humains réduits à une catégorie raciale, ethnique ou génétique ou, à l'inverse, fabrication d'êtres génétiquement identiques, notamment par clonage) ; *soit* à celle du principe d'égalité d'appartenance à la communauté humaine (pratiques discriminatoires, mais aussi création de « sur-hommes » par eugénisme ou de « sous-hommes » par croisement d'espèces).

D'un paradigme à l'autre commencent à se dessiner les contours et les limites d'un interdit universel de l'inhumain dont les transgressions appelleraient une réponse également universelle. Mais laquelle ?

## 2. Punir/pardoner : trois débats

La question peut sembler sacrilège tant il semble évident qu'il faut « lutter contre l'impunité », donc punir ces crimes, tels que crimes de guerre, génocides ou crimes contre l'humanité, dont le seul nom suscite l'indignation. Mais les objectifs de ces procès intentés au nom de l'humanité n'en sont pas clarifiés pour autant.

S'il s'agit, comme le suggérait Karl Jaspers à propos du procès de Nuremberg, « de lancer un signe avant-coureur de l'ordre mondial dont l'humanité d'aujourd'hui commence à sentir qu'il lui est indispensable », il reste à préciser si l'on entend ainsi privilégier la paix (ordre politique), la solidarité (ordre social) ou la punition de la faute (ordre juridico-moral). Selon la réponse, l'équilibre sera en effet différent entre responsabilité et impunité, compétence nationale et compétence internationale, ou encore entre la punition et les autres formes de sanction (réparation, réconciliation).

### *Responsabilité/Impunité*

Ce premier débat semble placé d'emblée dans l'ordre juridico-moral, rappelant qu'une communauté de valeurs ne se fonde pas seulement sur la définition d'interdits communs mais, en cas de transgression, sur l'identification du responsable.

La difficulté tient à la spécificité de ces crimes internationaux qui, par nature, impliquent une certaine organisation politique, le plus souvent étatique, et cette dimension collective brouille la recherche d'une *conception universelle* de la responsabilité. D'autant que les *motifs d'impunité* restent largement inscrits dans la perspective nationale.

À la recherche d'une *conception universelle de la responsabilité* : « Les crimes collectifs n'engagent personne ». Ce mot prêté à Napoléon exprimerait l'impossibilité d'une responsabilité pénale résultant des crimes internationaux. L'État, seul sujet de droit international serait le seul coupable. Le statut CPI précise pour sa part qu'aucune disposition relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international (art. 25 § 4). Mais jusqu'ici aucun État n'a jamais été déclaré coupable de crime et la Commission du droit international a renoncé, dans son dernier projet, à appliquer le concept de crime aux États.

C'est pourquoi, sans attendre que soit juridiquement établie une responsabilité pénale de l'État, les nouveaux dispositifs mis en place depuis Nuremberg ont

ouvert la voie d'une responsabilité internationale des individus : « Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut » (art. 25 § 1, statut CPI).

La difficulté est d'appliquer un tel principe dans un cadre collectif. Il serait aussi injuste de sanctionner seulement celui qui se trouve au bout de la chaîne, la personne qui appuie sur la gâchette, que de punir exclusivement le chef. Pour éviter de désigner un bouc émissaire, il faut déclarer responsable, comme en droit pénal des affaires, toute personne qui, à des degrés divers, participe au résultat final. Mais le contexte des crimes internationaux est plus complexe encore que celui de l'entreprise car ces crimes à caractère massif sont commis par de très nombreux participants qui contribuent d'une façon que l'on pourrait dire horizontale à « l'entreprise criminelle conjointe », leur responsabilité relevant d'une casuistique particulièrement complexe.

La complexité n'est pas moindre quand on tente de reconstituer la chaîne verticale de commandement. Le principe est clairement énoncé depuis Nuremberg : le fait que l'un quelconque des actes incriminés ait été commis par un subordonné « ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ». En pratique, c'est en commençant par les lampistes puis en remontant la chaîne que les juges peuvent réussir à établir la responsabilité de chefs militaires, comme le général *Blaskic*, voire de gouvernants comme *Milosevic*.

Mais la chaîne ne peut remonter jusqu'au dirigeant politique qu'à la condition d'écarter sa traditionnelle immunité, donc de réduire l'écart entre une responsabilité qui s'universalise et les motifs d'impunité qui restent attachés aux conceptions nationales.

*Motifs d'impunité et conceptions nationales* : par son imprécision même, le terme d'impunité exprime la difficulté, à la fois symbolique et juridique, à passer d'une conception nationale de la responsabilité pénale à une signification mondiale. La difficulté est croissante quand on passe des mesures de clémence aux immunités.

Qu'elle repose sur l'oubli (prescription, amnistie) ou le pardon (grâce), la clémence est un geste fortement symbolique qui ne supprime pas la faute mais écarte ses conséquences pénales pour renforcer la solidarité au sein du groupe national et conditionner le retour à la paix. Sans exclure les spécificités nationales, on peut cependant, pour éviter les abus consistant à favoriser les criminels les plus puissants, concevoir une harmonisation progressive, au nom du droit de la victime à un procès équitable, en matière de prescription ou d'amnistie. Même la grâce, malgré son lien traditionnel avec la souveraineté, est désormais encadrée

dans les affaires internationales par la nécessité d'un accord du président de la cour (statut de la CPI).

Reste l'immunité des responsables politiques, qui évoque la raison d'État, permettant en droit interne de maintenir la continuité des institutions et en droit international de respecter la souveraineté des États. Les conflits surgissent quand on tente, au nom du respect des droits de l'homme et de la lutte contre l'impunité, de « raisonner la raison d'État ». En droit international, l'article 27 du statut CPI — calqué sur l'art. 7 du statut de Nuremberg —, précise que « la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine ». Mais cette disposition ne s'applique qu'aux États qui reconnaissent la compétence de la CPI.

Il est vrai que l'immunité peut aussi être écartée par les juridictions internes, en application d'une compétence universelle qui, au-delà de leur territoire et de leurs ressortissants, autorise à poursuivre des dirigeants politiques étrangers. Mais on sait comment les menaces américaines de déplacer le siège de l'Otan et de refuser toute coopération pénale ont contraint la Belgique à renoncer à la compétence universelle au nom de laquelle les plaintes avaient été déposées contre Georges Bush, Colin Powell et Richard Cheney.

Entre la reconnaissance universelle d'une communauté mondiale ayant les moyens de poursuivre tous ceux qui transgressent ses interdits et le relativisme d'un droit national qui demeure le monopole de la souveraineté des États, le droit pénal navigue à vue, tentant d'éviter les écueils immédiats pour continuer sa route, au croisement des voies nationale et internationale, sans que l'on sache toujours clairement à qui attribuer compétence pour poursuivre et juger ces crimes qui concernent toute la communauté humaine.

#### *Compétence nationale/Compétence internationale*

Si les dictateurs ne sont plus tout à fait à l'abri, la validité d'une justice rendue au nom de l'humanité, qu'elle soit nationale, internationale ou mixte est fortement contestée, à mesure que se développe cette justice pénale internationale dont on avait tant rêvé. Le sentiment de beaucoup d'observateurs est que, loin de garantir la paix grâce à la lutte contre l'impunité, cette justice rendue au nom d'une humanité qui reste mythique conduirait au chaos.

*Un grand désordre judiciaire* apparaît en effet à mesure que l'on quitte le rêve pour entrer dans la réalité, avec toutes ses contradictions. On découvre que juger au nom d'une communauté humaine qui n'existe pas politiquement, et qui socialement émerge à peine, exclut tout parti pris, universaliste ou souverainiste, donc toute solution simple et univoque. C'est pourquoi un certain « électisme judiciaire » s'est développé depuis une douzaine d'années, mais il ne doit pas

faire illusion car la surabondance des voies explorées n'exclut pas les lacunes dans la protection effective des victimes. Elle témoigne plutôt d'un triple désordre.

On constate en premier lieu l'inadaptation de la justice nationale qui surprotège les dirigeants politiques. Quant aux efforts pour réinventer la justice de proximité (création des tribunaux *Gacaca* au Rwanda), ou à l'inverse pour instaurer une justice sans frontières fondée sur la compétence universelle, ils ne seront convainquants qu'à la condition d'ordonner les interactions entre l'espace national et international, donc de remédier aux faiblesses inhérentes à ce dernier.

Les faiblesses de la justice internationale — deuxième désordre — affectent tout à la fois la justice limitée dans l'espace et le temps des tribunaux *ad hoc* et la justice permanente de la CPI, en raison de l'absence de toute police mondiale. Si la nécessité de doter la CPI de sa propre force de police commence à être débattue en doctrine, elle a peu de chances d'aboutir dans un avenir proche. En attendant, l'un des défis majeurs à relever est de trouver un moyen pour mener les enquêtes ou faire exécuter les mandats d'arrêt dans des pays en proie à des violences constantes.

Pour tenter de pallier ces faiblesses, tout en tenant compte des susceptibilités nationales, diplomates et juristes ont imaginé des formes de justice « internationalisée », en ce sens que la justice pénale reste localisée sur le territoire national, ce qui permet d'utiliser la police de l'État, mais elle associe des juges étrangers, dits « internationaux ». Or cette mixité crée à son tour des difficultés qui tiennent non seulement à la présence de ces juges internationaux aux côtés des juges nationaux, mais encore à l'hybridation entre les normes pénales nationales et internationales.

S'il est vrai que la compétence universelle n'est pas la panacée, on voit que le désordre qui lui est parfois associé accompagne en réalité toutes les formes de compétence et pourrait préfigurer l'ouverture d'un grand marché où chaque victime choisirait sa juridiction (*forum shopping*), au risque de déclencher une véritable « guerre des juges ». Il reste à savoir s'il est possible de le transformer en une véritable communauté judiciaire à vocation transculturelle.

*Pour aller vers une communauté judiciaire transculturelle*, la difficulté majeure est d'ordonner les interactions entre justice nationale et internationale. Dans cette perspective la primauté de la justice internationale avait été inscrite dans le statut des premiers TPI. Mais la résistance des États a conduit les rédacteurs de la Convention de Rome à transformer la primauté en complémentarité : c'est seulement si un État n'a pas la volonté, ou est dans l'incapacité, de mener à bien l'enquête ou les poursuites, que la CPI est compétente. Or cette formule, qui institue en réalité la subsidiarité de la compétence internationale par rapport à la compétence des juridictions nationales, a été progressivement étendue aux TPI sur initiative des juges eux-mêmes. Cette initiative donne à penser que la complémentarité n'a pas seulement l'avantage politique de préserver la souveraineté nationale. Outre l'utilité pratique d'éviter l'engorgement des juridictions inter-

nationales, peut-être faut-il lui reconnaître aussi une signification éthique si la complémentarité, accompagnée de mesures d'harmonisation, devait à terme favoriser l'émergence d'une communauté judiciaire transculturelle.

Qu'il s'agisse des TPI ou de la CPI, procureurs et juges contribuent à des programmes de formation et au transfert de documents et de savoir-faire, les procureurs internationaux envoyant des observateurs dans les États pour contrôler la loyauté de la procédure et la qualité des conditions de détention qui leur permettront d'apprécier la capacité de juger l'affaire. Au-delà de la procédure, la question de la nature même des peines est également déterminante. C'est ainsi qu'aucun renvoi n'a encore été décidé vers le Rwanda, dans l'attente de la modification de la législation sur la peine de mort qui évitera cette absurdité que les affaires les moins graves fassent encourir les peines les plus lourdes.

Mais dans des pays dévastés dont tout l'appareil juridique et judiciaire est à reconstruire, une harmonisation des pratiques pénales qui respecte à la fois la diversité culturelle et le droit international appellerait un mécanisme de recours en interprétation auprès de la CPI.

Encore improbable, un tel recours permettrait aussi d'éclairer la notion « d'intérêts de la justice » qui conditionne l'ouverture de l'enquête puis le déclenchement des poursuites. S'il s'agit pour instaurer l'ordre mondial de faire tenir ensemble les membres de la communauté humaine, la poursuite pénale n'est pas toujours la meilleure solution car elle peut interrompre un processus de réconciliation. En cas de procès, la vérité est selon les cas favorisée ou non par la délocalisation. Enfin les droits de victimes sont parfois mieux garantis par des mesures de réparation et de réconciliation que par la punition des coupables. C'est dire la complexité du débat sur les sanctions.

#### *Punition/Réparation/Réconciliation*

Si l'humanité est à la fois illocalisable et intemporelle, comment rendre la justice en son nom et comment, en son nom, sanctionner la transgression des interdits qui la fondent ? Pour y parvenir, les sanctions doivent traverser les divers espaces de la justice pénale, que celle-ci soit nationale, internationale ou internationalisée, articuler le temps de la justice et le temps du pardon et finalement prendre le pari d'une fondation qui suppose à la fois de restaurer le lien communautaire à l'échelle nationale et de l'instaurer à l'échelle du monde.

*La traversée des espaces judiciaires* : c'est bien d'une traversée des espaces qu'il s'agit depuis que la punition a été placée dans l'espace international. Exercé par la communauté internationale, sinon mondiale, le droit de punir n'est plus le monopole des États, mais la question des réparations est fluctuante et la réconciliation reste cantonnée le plus souvent aux commissions nationales.

La disproportion énorme entre le nombre de condamnations prononcées par les TPI (une cinquantaine pour l'ex-Yougoslavie et une vingtaine pour le Rwanda)



et le budget annuel global (plus de 15 % du montant total du budget ordinaire des Nations Unies) invite à s'interroger sur ces procès à coût élevé et à grand spectacle qui réinventeraient le sacrifice expiatoire à l'échelle d'une communauté mondiale en formation. D'autant que les objectifs de la peine unique qu'est l'emprisonnement varient dans la motivation des juges entre punition de la faute et neutralisation de la dangerosité. Or l'échelle qui détermine la durée de la peine n'est pas la même entre la gravité de la faute passée (par ex. l'intention génocidaire comparée à l'intention meurtrière) et la dangerosité, présente ou future. Les fluctuations d'une décision à l'autre expliquent que la jurisprudence, puis le statut de la CPI, aient admis la révision des peines en appel. Elles devraient inciter la chambre d'appel à préciser les critères de gravité qui conditionnent la mise en œuvre du principe de proportionnalité et commandent la cohérence des pratiques. Une clarification serait nécessaire pour éviter de légitimer, au nom de la défense des droits de l'homme, un « surinvestissement pénal » qui, par un étrange retournement de l'histoire, affaiblirait ces droits au motif de les défendre.

Elle sera nécessaire aussi au regard des autres sanctions car on peut se demander si le statut de la CPI, en déplaçant la réparation vers l'espace international, renforce le déséquilibre, parce qu'il favorise la vision répressive, ou amorce un rééquilibrage, en se rapprochant d'un mécanisme de réconciliation.

La plupart des pays, notamment ceux de *common law*, réservent le contentieux des réparations aux juges civils. Il n'est donc pas étonnant que ni le Tribunal de Nuremberg, ni les TPI, n'aient eu compétence en la matière : considérée comme simple témoin, la victime ne pouvait s'adresser qu'à un juge national pour obtenir réparation de son préjudice.

Plusieurs facteurs ont cependant fait évoluer les pratiques. D'une part le développement de la compétence universelle, soit devant le juge pénal dans les pays admettant la constitution de partie civile (Belgique, Espagne, ou encore, France ou Sénégal), soit devant le juge civil (USA) montre l'importance pratique des victimes, et des associations qui peuvent les soutenir et les défendre dans le déclenchement des procès et la collecte des preuves. D'autre part, les réparations accordées depuis quelques années aux victimes des « crimes de l'histoire », qu'il s'agisse de la restitution aux victimes de l'holocauste des fonds dormants dans les banques suisses, des actions engagées contre le gouvernement japonais au nom des « femmes de réconfort » ou plus largement de la réparation des dommages causés par l'esclavage ont relancé le débat.

Un dispositif de réparation a donc été institué auprès de la CPI, mais le procès pénal, même ainsi entrouvert à la société civile, reste dépendant de la possibilité d'identifier les auteurs et d'établir leur responsabilité. Dans bien des cas, il ne garantira aux victimes ni l'indemnisation du dommage pécuniaire, ni la réparation du préjudice moral.

D'où l'appel lancé par le Secrétaire général des Nations Unies (rapport 2004) : l'exigence de justice et les impératifs de la paix imposent de « faire quelque chose pour dédommager les victimes ». Ce quelque chose pouvant inclure la réconciliation car les mécanismes d'administration de la justice sont compris dans un sens large incluant les « commissions de vérité », décrites comme « utiles pour réparer les violations passées des droits de l'homme ».

Mais en renonçant à la dénomination habituellement utilisée de commissions « vérité et réconciliation », le rapport évite d'aborder ouvertement la question du temps : le temps de la justice coïncide rarement avec le temps de la réconciliation, mais doit-il le précéder, comme nous avons tendance à le penser en Occident, ou le suivre, seulement en cas d'échec de la réconciliation, comme le pensent les sociétés favorables à ce mécanisme perçu comme moins violent ?

*Le défi au temps* : dans la vision actuelle de la justice pénale internationale, la réconciliation conditionne le retour à la paix, mais elle suppose d'abord la punition. En écho au célèbre ouvrage de Kelsen *Peace through Law* (La paix par le droit), elle se fonde sur le postulat qu'il n'y pas de paix durable sans justice. Que l'on mette l'accent sur la gravité des crimes (rétribution) ou sur la dangerosité de leurs auteurs (neutralisation et dissuasion), la lutte contre l'impunité serait l'objectif premier. D'où le refus des mesures de clémence (prescription, grâce ou amnistie), regroupées dans une même réprobation : on punit d'abord, on pardonne ensuite. Autrement dit « punir et pardonner » sont deux séquences dont l'ordre serait inamovible.

Et pourtant l'expression nouvelle de « justice transitionnelle », appliquée à des pratiques très diversifiées, juridictionnelles et non juridictionnelles, montre que l'universalisme ne devrait pas exclure la diversité des cultures. C'est en Amérique latine, en Afrique, ou même (plus rarement) en Asie, que les commissions de vérité et réconciliation sont apparues et se sont développées, suggérant qu'il serait possible, dans certains contextes et à certaines conditions, de commencer par le pardon et de réserver la sanction aux cas d'échec de la réconciliation : « pardonner ou punir ».

À l'amnistie-amnésie, les commissions de vérité entendent substituer une démarche inverse : elles ont pour mission d'enquêter sur les violations des droits de l'homme et du droit international des droits de l'homme commises pendant une période circonscrite du passé, de les rendre publiques et parfois de faire des recommandations.

C'est grâce à cette procédure de reconnaissance mutuelle qu'il serait possible de restaurer le lien communautaire, au point de rendre inutile le procès pénal. Tel est du moins le pari de la plus célèbre d'entre elles, la Commission Vérité et réconciliation d'Afrique du sud (1995-2000), la seule jusqu'à présent qui ait eu le pouvoir d'amnistier les auteurs de crimes, mais aussi la plus controversée, précisément en raison de ce pouvoir.

*Le pari d'une justice fondatrice* s'attache à restaurer et reconstruire une communauté divisée, déchirée par les conflits. À la conception rétributive classique de la justice pénale qui cherche à rétablir par la punition l'ordre rompu par le crime (justice rétributive), la conception restauratrice — inspirée de la *restorative justice* évoquée par le président de la Commission Vérité et réconciliation l'évêque Desmond Tutu — vise à reconstruire le lien organique qui fait tenir ensemble les membres d'une communauté. Il reste à savoir s'il est possible de passer de la restauration du lien communautaire national à l'instauration d'un futur lien mondial.

Si l'on oppose de façon frontale les règles du droit international aux pratiques nationales de réconciliation, le risque est de diviser les communautés sans réussir à instaurer un lien mondial. Mieux vaut sans doute rechercher des principes directeurs communs qui n'imposeraient pas l'uniformité mais pourraient contribuer, par une harmonisation progressive des pratiques, à instaurer une communauté mondiale. Car le refus de l'amnistie-amnésie n'implique pas nécessairement un refus absolu de toute forme d'impunité. C'est en appliquant des principes communs que l'on pourra articuler punition et réconciliation sans imposer la punition comme préalable nécessaire au pardon. Autrement dit en acceptant de passer de l'impératif de la punition (il faut punir) à l'optatif de la réconciliation (il est souhaitable de pardonner).

Au lieu d'affirmer d'emblée l'incompatibilité entre des systèmes nationaux et un droit international qui impose l'imprescriptibilité et le caractère non amniable des crimes internationaux, de tels principes permettraient de résoudre les cas où un État refuse d'être dessaisi de sa compétence en raison d'une procédure de réconciliation.

C'est un appel à dépasser le fondamentalisme culturel ou religieux d'une communauté fermée sur elle-même, sans pour autant lui substituer, au nom d'une conception rigide du droit international, un fondamentalisme juridique qui serait finalement contraire à l'idée même de communauté mondiale.

#### *Conclusion : interdits fondateurs et fondamentalismes*

Si les trois paradigmes ont servi à décrire des pratiques et expliquer leur structure et leur logique, ils ont aussi permis d'exprimer des valeurs. Cette dimension éthique avait été mise en évidence par Thomas Kuhn, mais elle suppose une certaine homogénéité, généralement observable dans la communauté scientifique, mais beaucoup plus rare en sciences sociales et plus encore dans un domaine normatif comme le droit.

Tout le problème est là. Affirmer cette homogénéité serait confondre la question (y a-t-il une communauté mondiale ?) et la réponse (elle existe comme en témoignent l'existence d'interdits communs). La réponse est prématurée car il reste une forte tension entre la guerre contre le crime qui aurait vocation, au nom de la survie nationale, à légitimer l'inhumain, et le crime de guerre qui

imposerait, malgré les situations de guerre, le respect des mêmes valeurs. C'est ainsi que le paradigme du crime contre l'humanité, imposant, par sa dénomination même, l'humanité comme valeur commune en tout temps et en tout lieu, risque de se transformer en nouveau dogme.

La confrontation des trois paradigmes amène donc inéluctablement au risque des fondamentalismes, le pluriel marquant tout un jeu de transpositions, du religieux au politique et au juridique, du national (relativisme absolu) au mondial (universalisme uniformisant). Mais elle invite aussi 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 inter-étatique mais aussi interindividuelle, que les interdits fondateurs s'adressent aux individus à la fois pour les faire *tenir debout* et pour les faire *tenir ensemble*, assemblés en une communauté solidaire, pas nécessairement pacifiste mais pacificatrice. Le paradigme du crime contre l'humanité participerait ainsi au processus de l'humanisation, indissociable de l'hominisation.

Quant aux méthodes pour construire cet universel pluraliste qui est au cœur de toute notre recherche, les exemples étudiés illustrent d'un côté une dynamique de l'argumentation et de l'interprétation croisée qui tend au rapprochement par tâtonnements, compromis et approximations ; de l'autre une dynamique de l'approfondissement qui rapprocherait aussi mais par un retour au plus profond de chaque culture sans renoncer ni à l'identité de chaque culture, ni à la recherche de valeurs communes.

Sans doute faut-il les combiner et, comme Bachelard nous y incite, associer aux forces imaginantes du droit le double mouvement d'une imagination stimulée par la recherche de ses racines mais aussi par l'apparition du bourgeon qui annonce le renouvellement et marque le refus de l'immobilisme.

Il restera à explorer le versant opposé, celui de ces droits dits « fondamentaux », qui soulèvent la même énigme que les interdits fondateurs, étant supposés fonder une communauté dont les piliers (légalité et garantie judiciaire) ont précédé les fondations.

#### SÉMINAIRES

*Séminaire I* : Dans le prolongement du cours, débats avec : J. Bourgon, chargé de recherche CNRS, Institut d'Asie Orientale (*Le paradoxe pénal*) ; H. Ascensio, professeur à l'Université de Paris I (*Le paradigme du crime de guerre : limiter l'inhumain*) ; L. Neyret, maître de conférences, Université Versailles St-Quentin (*Le paradigme des crimes contre l'humanité : construire l'humanité comme*

*valeur*) ; S. Manacorda, professeur à l'Université de Naples II (*Responsabilité et impunité*) ; G. Giudicelli-Delage, professeur à l'Université de Paris I (*Poursuivre et juger selon les « intérêts de la justice »*) ; E. Babissagana, chargé de cours à l'Université catholique d'Afrique centrale de Yaoundé (*Punition, réparation, réconciliation*) ; Table-ronde (*Interdits fondateurs et fondamentalismes*) avec Mohammed Arkoun (professeur émérite, Sorbonne nouvelle), Henri Atlan (professeur, Universités de Jérusalem et Paris, EHESS) et François Ost (professeur, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles).

*Séminaire II* : Journées d'études organisées avec la chaire *Histoire de la Chine moderne* dirigée par le Professeur Pierre-Étienne Will, sur le thème : « Peine de mort et suicide en Chine, passé, présent, comparaisons », les 20-21 juin 2007, Collège de France. Associant la problématique du suicide à la question de la peine de mort, la réflexion s'est d'abord orientée sur les approches de la vie et de la mort dans la pensée chinoise pour ensuite comparer les pratiques juridiques et judiciaires dans le temps — l'histoire chinoise — et dans l'espace — la situation chinoise contemporaine comparée à celles du Japon, de l'Europe et des États-Unis. Ces comparaisons permettent de dépasser l'opposition entre le relatif et l'universel. Certes le relativisme n'a pas disparu et les représentations de couples comme « vie/mort », ou « humain/inhumain », comme les valeurs qui les expriment, restent enracinées dans chaque tradition nationale. Mais les traditions elles-mêmes sont évolutives. Même si le mouvement d'abolition de la peine de mort est lent et discontinu, il semble sinon universel, du moins universalisable, comme en témoigne son extension en droit interne et sa consolidation en droit international. Il reste à dégager à travers la diversité des dispositifs nationaux, les voies d'une communauté mondiale et pluraliste, qui conjuguerait l'universel et le relatif.

#### ENSEIGNEMENTS À L'ÉTRANGER

Canada : Cours à l'Institut d'Études Internationales de Montréal, Université du Québec à Montréal (UQAM) sur le thème *La justice pénale internationale laboratoire du pluralisme ordonné* (16 au 26 octobre 2006).

#### PUBLICATIONS

##### Ouvrage personnel

*Les forces imaginantes du droit (III) — La refondation des pouvoirs*, Seuil, janvier 2007.

Ouvrage collectif

*La Chine et la démocratie* (dir. avec P.E. Will), Fayard, avril 2007.

Articles

— « Droit pénal et mondialisation », *Le Champ pénal, Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, pp. 3-16.

— « Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale », *Mélanges en l'honneur de Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, pp. 313-322.

— « Towards and Integrated European Criminal Law », in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 7 (2004-2005), J. Bell et C. Kilpatrick (dir.), Hart Publishing, 2006.

— « The great legal complexity of the world », *Axess Magazine*, 2006, n° 4, [http://www.axess.se/english/2006/04/theme\\_delmasmarty.php](http://www.axess.se/english/2006/04/theme_delmasmarty.php) (aussi en version suédoise).

— « The Paradigm of the War on Crime : Legitimizing Inhuman Treatment ? », *Journal of International Criminal Justice*, 2007 (doi : 10.1093/jicj/mqm027).

— « Mondialisation et crise du pouvoir », *Les sciences sociales en mutation*, Auxerre, Éd. Sciences Humaines / Diffusion Presses Universitaires de France, 2007, pp. 115-128.

— « La démocratisation des savoirs », *Rue Descartes*, n° 55 : Philosophies entoilées, février 2007, <http://www.ciph.org/publications.php?idRue=55>.

— « D'un paradoxe l'autre », Postface in *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels & al. (dir.), Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 613-622.

— « La tragédie des trois C », Préface in *Droit et complexité, Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, M. Doat, J. Le Goff et P. Pedrot (dir.), PU de Rennes, 2007, pp. 7-12.

— « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », Genève, Publication de l'Institut international d'études sociales, 2007, 11 p.

— Entretien avec Pierre de Gasquet, « Pour le métissage des droits », *Enjeux, Les Échos*, Hors-série, décembre 2006, n° 2, pp. 52-54.

— Entretien avec Martin Legros, « Rien de durable sans droit », *Philosophie Magazine*, n° 7 mars 2007, pp. 10-11.

#### RÉSEAUX ID (INTERNATIONALISATION DU DROIT)

L'objectif des réseaux ID est de réunir un groupe restreint de personnalités qualifiées pour évaluer d'un point de vue comparatif et prospectif les diverses

pratiques d'internationalisation du droit à partir de trois pays (États-Unis, Brésil et Chine).

— Le *réseau ID franco-américain* créé en avril 2006 s'est réuni, pour la deuxième fois, à New York, les 15-16 mai 2007.

— Le *réseau ID franco-brésilien* créé en décembre 2006 tiendra sa première réunion les 15-17 octobre 2007 au Brésil (Université de Sao Paolo).

— Le *réseau ID franco-chinois*, dont la réunion préparatoire a eu lieu le 13 juin 2007 à Paris, devrait tenir sa première réunion en octobre 2008 à Pékin.

#### COLLOQUES (ORGANISATION)

Groupe de recherche *Les Chemins de l'harmonisation pénale* (avec les universités de Bâle, Naples, Paris 1, Tolède et l'Institut Max Planck de Freiburg-im-Breisgau), Cinquième rencontre, Naples, 13-15 avril 2007.

#### COLLOQUES (PARTICIPATION)

— Présidence de la séance « L'évolution de l'administration de la justice devant les juridictions militaires et d'exception : Perspectives internationales », Colloque *Juridictions militaires et d'exception : perspectives comparées et internationales*, UMR de droit comparé de Paris, 21 et 22 septembre 2006.

— Intervention « Le droit expression et garantie d'une culture de la paix : trois défis », Journée internationale de la paix, *Prix UNESCO de l'Éducation pour la paix*, 21 septembre 2006, pp. 33-36.

— Conclusions du Colloque organisé par le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques et le Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et de la culture des Facultés universitaires Saint-Louis, *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, 6 et 7 octobre 2006.

— « La justice entre le robot et le roseau », in Colloque de rentrée du Collège de France, *L'homme artificiel au service de la société*, 12 et 13 octobre 2006.

— « La lutte contre le terrorisme et ses conséquences sur le droit international », présidence d'une session, in Conférence *Les attentats du 11 septembre 2001 : 5 ans plus tard. Mieux comprendre le terrorisme aujourd'hui*, organisée par le Professeur Charles-Philippe David, titulaire de la Chaire Raoul Dandurand en études stratégiques et diplomatiques de l'Université du Québec à Montréal, 20 octobre 2006.

— « L'adieu aux Barbares », Conférence à l'Institut international de Montréal (IEIM) et de la Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, Montréal, 24 octobre 2006, à paraître 2007.

— Conférence dans le cycle *Pluralisme et droit*, Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique, Université Mc Gill, Montréal, 25 octobre 2006.

— « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », Conférence publique à l'Institut international d'Études sociales, Genève, novembre 2006.

— Intervention sur le thème « Jean-Pierre Changeux et les droits de l'homme : accords et désaccords », dans le cadre de la *Journée en hommage à Jean-Pierre Changeux*, organisée au Collège de France, 27 novembre 2006.

— Présidence de la séance « Les garanties de mise en œuvre », Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) / Pôle international et européen de Paris II (PIEP), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Université Paris II — Panthéon Assas, 9 février 2007.

— Présidence de la table-ronde organisée par la revue *Actes de la recherche en sciences sociales*, sur le thème « Constructions européennes », Paris, 3 mai 2007.

— Intervention à l'IEP de Paris, sur le thème « Justice pénale et droits de l'homme », 7 mai 2007.

#### ACTIVITÉS DE L'ÉQUIPE

##### *Isabelle Fouchard*

Isabelle Fouchard a été affectée à la *Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, en qualité d'ATER, le 1<sup>er</sup> septembre 2006.

Elle a poursuivi la rédaction de sa thèse (« Crime et droit international : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international ») dont la soutenance est prévue en fin 2007.

Parallèlement à ses recherches doctorales, Isabelle Fouchard a contribué à la préparation des cours du professeur Delmas-Marty par la réalisation de recherches documentaires et la rédaction de notes, notamment sur la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, le droit international général, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. Elle a également participé à la recherche « Les figures de l'internationalisation du droit » en tant que co-rapporteur sur le thème « Statut de Rome et mise en place de la justice pénale internationale ». Elle a en outre contribué, en collaboration avec le CERDIN (Centre de recherche en droit international) de l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), à l'élaboration de deux projets de réponse à des appels d'offres émanant de la Commission européenne au titre du 7<sup>e</sup> PCRD (Programme cadre de recherche technologique), tous deux relatifs au respect des droits de l'homme, l'un en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'autre dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (mai 2007).



Elle a également effectué un travail de relecture des épreuves de l'ouvrage *Les forces imaginantes du droit (III) — La Refondation des pouvoirs* (Paris : Seuil, janvier 2007) et participé à l'élaboration des index (index thématique, noms propres et décisions de justice).

Elle a enfin participé à l'organisation des séminaires de la Chaire et collaboré à la valorisation et à la diffusion des activités de la Chaire, notamment par l'alimentation et la mise à jour de la page web de la Chaire sur le site Internet du Collège de France.

#### *Kathia Martin-Chenut*

Affectée à la Chaire depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2005 comme ATER, Kathia Martin-Chenut s'est consacrée au développement des deux projets lancés en 2005 :

— co-direction de la recherche « Les figures de l'internationalisation du droit — Amérique Latine », dont elle a organisé la première réunion au Collège de France le 8 décembre 2006, et préparé les réunions prévues à São Paulo et à Brasília en octobre 2007 ; tout en participant elle-même aux travaux, comme rapporteur sur « Les droits de l'enfant » et co-rapporteur sur « Le statut de Rome et mise en place de la justice pénale internationale » ;

— mise en place du « Réseau ID (Internationalisation du Droit) » franco-brésilien, dont elle assure la coordination, préparant la première rencontre prévue en octobre 2007 à São Paulo sur « Les violations graves des droits de l'homme et la lutte contre l'impunité ».

Kathia Martin-Chenut a également poursuivi ses recherches *sur* l'internationalisation des droits de l'enfant, *sur* la limitation de l'application de mesures de clémence aux auteurs de violations graves des droits de l'homme, *sur* les juridictions militaires face aux nouvelles exigences du droit international *et sur* les stratégies de répression employées par de régimes autoritaires. Les résultats ont été diffusés sous la forme de conférences et de publications, permettant à Kathia Martin-Chenut de présenter un dossier au Conseil scientifique de l'Université de Paris I en vue de l'obtention de l'habilitation à diriger des recherches (HDR) : la soutenance est prévue pour la fin de l'année.

De plus, elle a contribué à la préparation des cours par des recherches documentaires sur le droit comparé et le droit international des droits de l'homme ; et participé à la relecture des épreuves de l'ouvrage *Les forces imaginantes du droit (III) — La Refondation des pouvoirs* (Paris : Seuil, janvier 2007), ainsi qu'à l'élaboration des index. Elle a enfin collaboré à la valorisation et à la divulgation des activités scientifiques de la Chaire, par l'alimentation et la mise à jour de la page web de la Chaire.

