

Le droit pénal comme éthique de la mondialisation

par Mireille Delmas-Marty, professeur au collège de FRANCE

L'intitulé de notre Congrès laisse entendre que le droit pénal pourrait être le moyen de réduire les tensions entre guerre et paix. Il suggère que la modernisation de la justice pénale militaire, notamment dans le cadre international, pourrait réconcilier la force et la justice autour de valeurs communes, telles que les droits de l'homme et la paix, et en ce sens contribuer à construire une éthique de la mondialisation.

J'emploie le conditionnel car une telle hypothèse peut sembler quelque peu utopique dans le climat de violences que nous connaissons ; paradoxale aussi, dans la mesure où elle place le droit pénal en première ligne de la mondialisation, alors que le droit de punir est traditionnellement perçu comme l'emblème politique de la souveraineté des Etats et l'interdit pénal du crime comme l'expression propre à chaque communauté particulière.

On peut s'étonner de voir ainsi placer en première ligne de la mondialisation ce droit pénal qui est peut-être le moins universalisable de tous les droits.

A moins que ce soit au contraire cette capacité de résister à une mondialisation trop uniforme et d'inspirer une vision pluraliste du monde qui lui donne, même à l'échelle mondiale, un rôle fondateur.

Certes le droit pénal peut être instrumentalisé à des fins diverses, et le risque de sur-pénalisation est plus présent que jamais, mais à mesure que l'interdit du crime se détache de ses origines religieuses, il tente aussi de subordonner le pouvoir et la technique à une raison humaine.

C'est ainsi que la plupart des communautés de droit se sont constituées et structurées 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.

À l'heure où la globalisation des flux économiques et financiers, mais aussi des risques, annonce l'émergence d'une communauté mondiale, il n'est donc pas surprenant de faire appel au droit pénal pour tenter de « mettre à la raison » les pratiques humaines si peu raisonnables et de rééquilibrer la globalisation des échanges par l'universalisme des valeurs.

Et ce n'est sans doute pas un hasard si nous posons la question d'une éthique de la mondialisation aujourd'hui, à ce moment de l'histoire où l'on observe un double mouvement : l'internationalisation du droit pénal interne par l'intégration de normes internationales (régionales et mondiales) et la pénalisation du droit international par la création de juridictions internationales de nature pénale.

Nous posons la question mais la réponse n'est pas donnée d'avance : aux optimistes qui pensent que ce droit pénal mondial en formation accompagne déjà l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs, s'opposent en effet les sceptiques qui y voient plutôt une ruse pour imposer une conception hégémonique (à dominante occidentale) du système pénal.

Pour tenter de les réconcilier, je dirai que l'éthique mondiale reste à construire et que le droit pénal peut y contribuer, mais à condition de répondre à trois critiques principales : les *contradictions* dans la définition d'une éthique commune, le *désordre* dans son application, et l'*incertitude* quant à la structure du futur ordre pénal mondial.

1. Contradictions dans la définition d'une éthique commune

On sait depuis Héraclite 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 étonnant ni que les premiers interdits fondateurs d'une éthique mondiale 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 : d'abord en considérant les raisons qu'ont les Etats de faire la guerre (*jus ad bellum*), ensuite en considérant les moyens qu'ils adoptent (*jus in bello*).

Cette ambiguïté traduit deux fonctions différentes : interdire (ou au moins limiter) le recours à la guerre en encadrant le concept d'agression et son corollaire de la légitime défense ; en cas de guerre, interdire les traitements inhumains en protégeant les combattants, les prisonniers et les non combattants.

On retrouve ce double interdit dans les statuts des tribunaux de Nuremberg et Tokyo (crime contre la paix ou crime d'agression, et crime de guerre ou « violation des lois et coutumes de la guerre », prolongés par la création du crime contre l'humanité).

Mais on constate que ces crimes ont connu des évolutions différentes : consolidation pour le crime de guerre et le crime contre l'humanité, mais stagnation pour le crime d'agression, pourtant qualifié à Nuremberg de « crime international suprême », encore suspendu à un accord sur sa définition (la conférence de révision du Statut de Rome est prévue en 2009). En revanche, l'agression est devenue, après le 11 septembre 2001, le fait justificatif qui légitime la guerre contre le terrorisme.

Ainsi, de deux crimes complémentaires, on est passé à deux paradigmes contradictoires, celui de crime de guerre et celui de guerre contre le crime. Un moyen de résoudre cette contradiction peut consister à fonder l'éthique mondiale sur l'autonomisation déjà amorcée du crime contre l'humanité, nouveau paradigme d'un *jus commune in pace*.

1.1. Deux paradigmes contradictoires

Le paradigme du crime de guerre, qu'il s'agisse du droit de La Haye ou du droit de Genève, est caractérisé par l'universalisme de l'interdit (actes inhumains) mais construit sur la séparation guerre/paix, ennemis combattants/civils innocents. Or ces distinctions sont en partie dépassées.

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 : elles vont de maintenir la paix (*peace keeping*) à l'imposer (*peace enforcement*), voire à la construire (*peace building*). Ce qui les rapproche tantôt de forces de maintien de l'ordre (police), tantôt de forces armées lancées à la conquête de territoires, ou même de forces d'occupation (exemple du Darfour).

L'envoi de troupes à l'étranger ne peut donc être assimilé à un acte d'hostilité dans la mesure où l'Etat hôte garde théoriquement pleine juridiction sur son territoire, et que l'Etat 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 les opérations sont sous le contrôle des Nations Unies, une directive du Secrétaire général impose le respect du droit humanitaire, mais donne compétence, en cas de violations graves, au pays d'origine. Or la compétence nationale se révèle

mal adaptée à des forces multinationales, d'autant que leurs opérations, en se rapprochant d'opérations policières, estompent comme on l'a vu la différence entre militaires et témoins, voire 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 Deuxième guerre mondiale, l'expression a été reprise dans l'ordonnance Bush du 13 novembre 2001 à propos des terroristes. La formule a été explicitée par la Cour Suprême d'Israël (décision 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 Suprême d'Israël a été amenée à esquisser, comme aux Etats-Unis, un nouveau paradigme -celui de la guerre contre le crime-, dont le risque, en légitimant l'inhumain, est de ruiner l'idée même de valeurs communes¹.

Le paradigme de la « guerre contre le crime » a consisté d'abord en un slogan politique, une propagande idéologique ciblée sur des crimes qui frappent l'opinion (drogue, crime organisé, corruption, terrorisme), utilisée comme métaphore pour populariser le durcissement de la répression.

Avec le choc du 11 septembre 2001, la métaphore guerrière, comme libérée de toute contrainte, devient un véritable paradigme : considérés comme équivalents d'une agression armée, les attentats terroristes ont déclenché aux Etats Unis la mise en place d'un dispositif nouveau, encore renforcé (après le scandale de la prison d'Abu Ghraib) par le *Military Commissions Act* d'octobre 2006, moins protecteur que le *War Crimes Act*, qui affaiblit l'interdit de la torture et donne autorité au Président des Etats-Unis pour interpréter le sens des conventions de Genève. En découle une renationalisation de l'inhumain, qui remet en cause la possibilité d'une éthique mondiale.

La renationalisation était en germe dans les résolutions des 12 et 28 septembre 2001 du Conseil de sécurité qui admettaient qu'un Etat victime d'un attentat terroriste puisse invoquer la légitime défense, donc apprécier souverainement les moyens et l'ampleur de la riposte.

Certes, l'élargissement à la défense préventive n'a pas été consacré. Mais il pourrait devenir inéluctable à une époque où les technologies, notamment nucléaires, mettent des armes de destruction de masse à la portée des groupes terroristes. Est ainsi envisagé de modifier la Charte des Nations Unies pour autoriser la légitime défense préventive, tout en la définissant (preuves de la menace ou proportionnalité de la riposte, procédure d'arbitrage et dédommagement en cas de transgression)².

Or le problème n'est pas seulement la légitimité de la défense, mais aussi celui de la légitimité de la riposte : les instruments internationaux de protection des droits

¹ M. Delmas-Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, pp. 461-472 ; en version anglaise, *JICL*, 2007, pp. 584-598.

² A. Cassese, « Article 51 », in *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, dir. J-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau, Paris, Economica, 2005, p. 1341.

de l'homme font 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.

A défaut d'une 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. Mais il s'agirait d'un cadre sans doute transitoire car seule l'autonomisation du crime contre l'humanité, dégagé de la métaphore guerrière, permettra de fonder durablement une éthique mondiale.

1.2. Autonomisation du paradigme du crime contre l'humanité : pour définir une éthique commune à la guerre et à la paix

Le crime contre l'humanité était privé d'autonomie dans le statut du Tribunal de Nuremberg qui 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.

C'est plus récemment que le crime contre l'humanité conquiert 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 ».

Les juges en tirent 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 ».

Dans cette perspective, il serait juridiquement possible et politiquement souhaitable d'appliquer l'interdit de l'inhumain qui fonde le crime contre l'humanité non seulement aux interventions militaires, mais encore aux opérations civiles menées dans le cadre de la guerre contre le terrorisme.

Il est vrai que la difficulté n'est pas seulement de trouver un accord sur la définition d'une éthique commune, mais aussi de l'appliquer, donc de réduire le désordre judiciaire entre les divers niveaux d'application.

2. Désordre dans l'application

La justice pénale internationale fut pendant longtemps un rêve. Quand on quitte le rêve pour entrer dans la réalité, 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 : le désordre judiciaire apparaît.

La justice est éclatée entre quatre niveaux différents (national, mondial et « internationalisé » pour la justice pénale et essentiellement régional pour les droits de l'homme). La solution n'est sans doute pas d'unifier l'ensemble, mais d'en organiser les interactions.

2.1. Multiplication des niveaux d'application pourtant inévitable en raison des faiblesses observées à chaque niveau.

Au niveau national, on constate l'inadaptation d'une justice qui surprotège les dirigeants, comme on l'a vu à propos des affaires *Abu Graïb* et *Rumsfeld*. Et les efforts pour instaurer une justice sans frontières fondée sur la compétence universelle, ne seront réussis qu'à la double condition d'échapper au reproche du néocolonialisme -en s'appliquant également à tous les pays- et d'être suffisamment harmonisés pour éviter l'ouverture d'un grand marché où chaque victime choisirait sa juridiction en fonction de ses intérêts (*forum shopping*), au risque de déclencher une véritable « guerre des juges ».

Le niveau international semble à première vue mieux adapté, mais l'absence de toute police mondiale affaiblit tout à la fois la justice limitée dans l'espace et le temps des tribunaux *ad hoc* et la justice permanente de la Cour pénale internationale.

Si la nécessité de doter la Cour pénale internationale 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. On sait que les forces armées ont un rôle à jouer, de même que les journalistes, à condition de clarifier les règles et de protéger les acteurs (exemple du Darfour).

Certes une justice dite « internationalisée » a été instaurée précisément pour tenter de pallier ces faiblesses : restant localisée sur le territoire national, la justice pénale peut utiliser la police étatique, tout en associant des juges étrangers, dits « internationaux ». Mais 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 (ex. Cambodge).

Enfin le niveau régional reste nécessaire, à défaut de cour mondiale des droits de l'homme, pour résoudre les conflits entre justice pénale militaire et droits de l'homme.

Mais le risque d'incohérence subsiste au niveau mondial. Aussi, pour appliquer une véritable éthique mondiale, est-il nécessaire d'ordonner les interactions entre les niveaux.

2.2. Ordonner les interactions

Du niveau national au niveau international, la relation semble hiérarchique et verticale : la primauté de la justice internationale a été inscrite dans le statut des premiers tribunaux pénaux internationaux.

Mais la résistance des Etats a conduit les rédacteurs de la convention de Rome à transformer la primauté en complémentarité : c'est seulement si un Etat n'a pas la volonté, ou est dans l'incapacité de mener à bien l'enquête ou les poursuites, que la Cour pénale internationale sera compétente. La formule a progressivement été étendue aux tribunaux pénaux internationaux sur l'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 internationales, 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 tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale, 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 Etats 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.

Mais dans des pays dévastés dont tout l'appareil juridique et judiciaire est à reconstruire, une harmonisation des pratiques pénales pour respecter à la fois la diversité culturelle et le droit international (notamment le droit international des droits de l'homme) semble s'imposer.

D'où le deuxième type d'interactions, entre droit pénal et droits de l'homme. Leur relation a toujours été tendue : les droits de l'homme sont-ils le bouclier ou l'épée du droit pénal ; à l'inverse le droit pénal peut-il apparaître comme bouclier ou épée des droits de l'homme ? Dans les pratiques, le droit pénal est à la fois encadré, c'est-à-dire limité, et légitimé, voire étendu par les droits de l'homme dont sont criminalisées les violations³.

Mais la tension est encore accrue dans la perspective des interventions militaires internationales, où l'on observe un écart croissant entre les normes pénales et les instruments de protection des droits de l'homme. Nous en avons rencontré plusieurs exemples, dont le camp d'Abu Graïb ou les vols secrets de la CIA. En théorie, l'article 21§3 du statut de la Cour pénale internationale, qui impose la compatibilité du droit pénal avec « les droits de l'homme internationalement reconnus », renvoie sans doute, à tout un ensemble de textes et de jurisprudence (rôle de la jurisprudence régionale, et notamment les récents arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme).

A défaut de Cour mondiale des droits de l'homme, c'est à la Cour pénale internationale, ou plus largement à la Cour internationale de Justice (CIJ) qu'il reviendra sans doute d'innover dans l'interprétation de l'article 21. Il s'agira soit de reconnaître aux dispositifs internationaux de protection des droits de l'homme, comme l'a suggéré le TPIY à propos de la torture, la valeur de *jus cogens* ; soit de considérer la jurisprudence des cours régionales évoquées ci-dessus au titre du droit coutumier. Ne le fait-elle pas déjà en partie, comme on le voit dans l'arrêt de la CIJ du 26 février 2007 qui réaffirme la valeur de *jus cogens* de l'interdiction du génocide ?

Si de telles interprétations peuvent contribuer à l'application d'une éthique universelle, elles n'obéissent à aucune des conceptions traditionnelles qui réduisent l'ordre international à deux modèles : dualisme (souverainiste) et monisme (universaliste) et semblent inviter à diversifier les modèles de référence afin de lever les incertitudes sur la structure de ce droit pénal mondial en formation. Ce qui conduit à la troisième et dernière critique.

3. Incertitudes quant à la structure d'un ordre pénal mondial

Les deux modèles classiques (souverainisme dualiste et universalisme moniste) se sont révélés inadaptés. La solution pourrait s'inspirer de la recherche qui nous a menés, entre 2004 et 2007, sur *Les chemins de l'harmonisation pénale* (de Paris à Tolède, puis à Freiburg et Bâle, et enfin à Naples)⁴ : elle consiste à dépasser les 2

³ Voir *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, dir. M. van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, 2007.

⁴ *Les chemins de l'harmonisation pénale*, dir. M. Delmas-Marty, M. Pieth et U. Sieber, à paraître, Paris, SLC 2007.

modèles traditionnels apparemment inadaptés pour explorer trois nouveaux modèles que notre recherche a mis en lumière.

3.1. Deux modèles traditionnels inadaptés

Le modèle souverainiste (dualiste) est contraire à l'idée même d'éthique mondiale, ou d'éthique universelle. Mais le modèle universaliste (moniste : pyramide à l'échelle mondiale) est également critiqué, notamment quand il est refusé par les Etats les plus puissants pour eux-mêmes (USA), mais utilisé par ces mêmes Etats comme instrument pour dominer les autres.

Rejoignant la crainte déjà exprimée par Emmanuel Kant d'un universalisme de type despotique, de nombreux auteurs identifient aujourd'hui universalisme au risque d'hégémonie, d'impérialisme, voire de néocolonialisme, conduisant ainsi non seulement à la résistance de nombreux Etats, mais aussi de la société civile. Même pour la Cour pénale internationale, le modèle universaliste a été écarté dans sa conception (cf. complémentarité).

En somme pour imaginer comment le droit pénal pourrait fonder une éthique mondiale, on a besoin de dépasser cette opposition binaire (intégration/non intégration) et concevoir une structure diversifiée incluant trois nouveaux modèles.

3.2. Trois nouveaux modèles

D'abord un nouveau modèle moniste mais à *dominante libérale, ou ultra-libérale* -qui remplace la pyramide par le réseau, l'intégration étant supposée se faire de façon spontanée (autopoïèse), par le jeu d'interactions horizontales et par autorégulation- apparaît lui aussi inadapté. Même en droit économique, où certains rêvent d'un marché autorégulé, on constate une tendance à la « verticalisation » (harmonisation) et à la force contraignante d'un droit national qui assure un relais et participe au contrôle. *A fortiori* ce modèle semble exclu pour un droit pénal mondial qui aurait vocation à s'appliquer dans les interventions militaires internationales.

Nous rejoignons ainsi le constat de notre groupe de recherche selon lequel les modèles purs ou parfaits ne fonctionnent pas, ou peu, dans le monde réel. La plupart des exemples étudiés sont marqués par des processus mixtes. Hypercomplexes -car ils sont à la fois verticaux et horizontaux (pyramide et réseau), combinant plusieurs paradigmes du crime et les appliquant à divers niveaux- ces processus dessinent encore deux autres modèles.

Ni monistes ni dualistes, on peut les nommer *pluralistes* car ils combinent universalisme du droit international et relativisme qui tient à la diversité des droits nationaux. Ils préservent en effet dans l'organisation de la justice militaire une sorte de « marge nationale d'appréciation » qui permet de réduire les contradictions d'un paradigme à l'autre (incohérences) et les discontinuités d'un niveau à l'autre (incomplétude, donc insécurité juridique).

On peut y retrouver les deux variantes du pluralisme : la variante *légaliste* qui tente de réduire l'insécurité juridique, en réintroduisant de la rigueur et de la prévisibilité (on pense, par ex., aux efforts pour préciser le cadre pénal des missions militaires à l'étranger et mieux définir les règles d'engagement (ROE) ou le statut des forces d'intervention (SOFA) ; et la variante *humaniste* qui tente de corriger les incohérences par le jeu d'interprétations croisées entre le droit pénal et les droits de l'homme (on pense ici, par ex., au rôle des cours européenne et interaméricaine).

Il s'agit donc pour nous de retrouver ici l'esprit qui inspirait les fondateurs de la Société internationale de Défense Sociale -les Présidents Marc Ancel et Simone

Rozès, ainsi que le Secrétaire général, Adolfo Beria di Argentine- qui définissaient la société comme un « mouvement de politique criminelle humaniste ». Cet esprit anime plus que jamais leurs successeurs -le Président Luis Arroyo et le Secrétaire général, Edmondo Bruti Liberati-, qui poursuivent inlassablement la tâche entreprise.

Cet esprit est plus que jamais nécessaire si nous voulons construire une future communauté mondiale qui ne soit pas seulement une communauté économique, ni même une communauté interétatique, mais une communauté éthique, à la fois universelle et pluraliste.